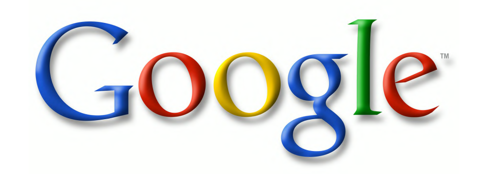


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

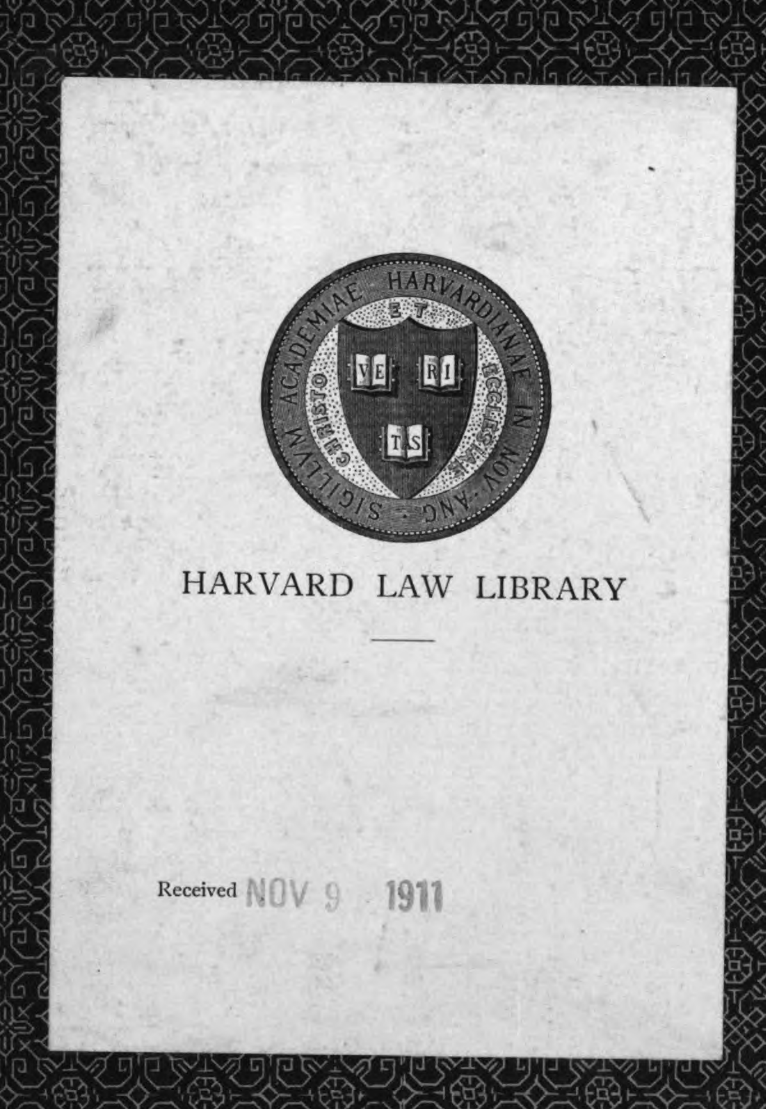
About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/

056 915 945

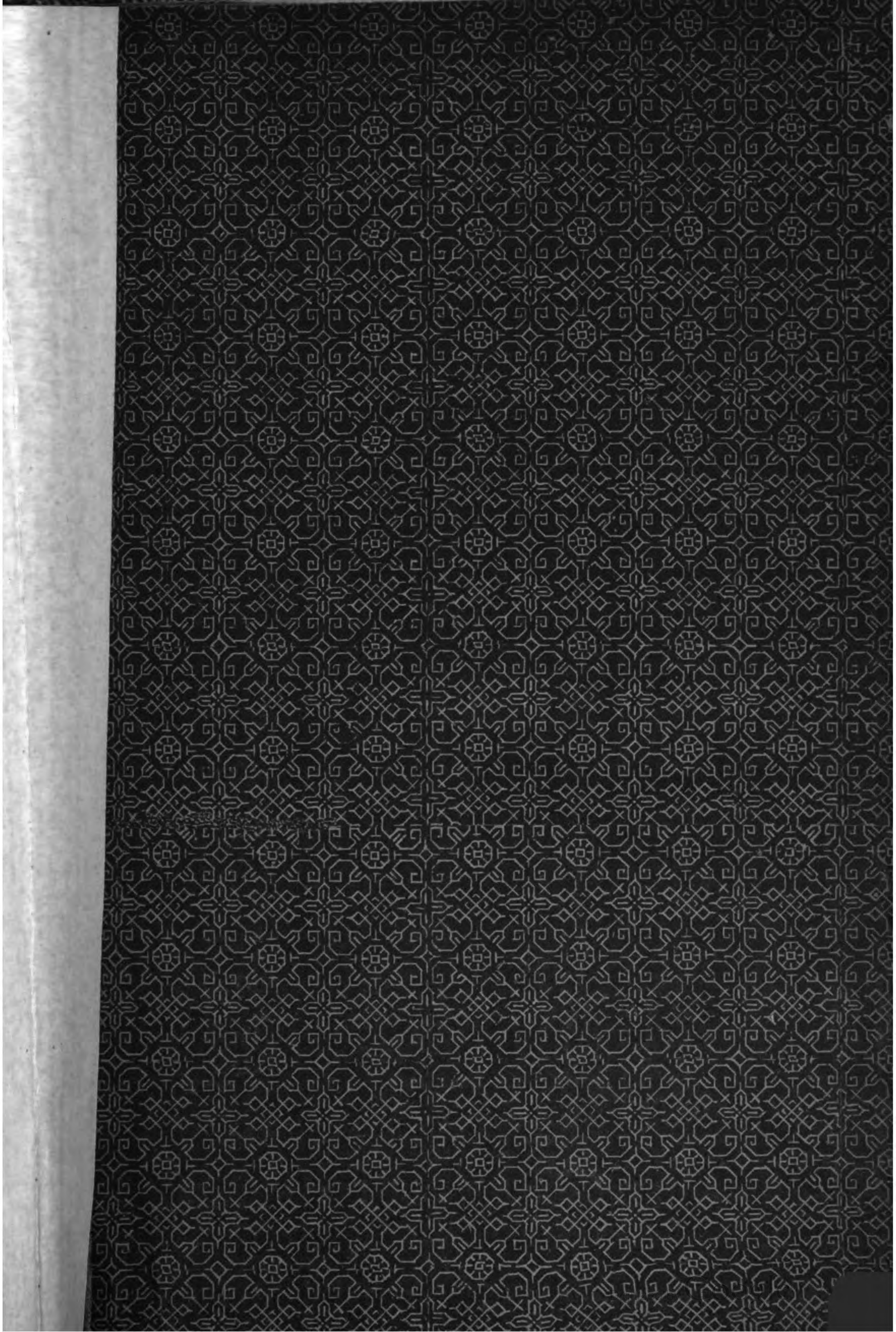
RVARD
LAW
BRARY

Google



HARVARD LAW LIBRARY

Received NOV 9 1911



Digitized by Google

Austria 3

Digitized by Google

Digitized by Google

Austria. Laws, statutes, etc. Codes, Civil procedure

DIE

ÖSTERREICHISCHEN

CIVILPROCESSGESETZE

MIT ERLÄUTERUNGEN

VON

DR. CARL VON FÜRSTL
K. K. LANDESGERICHTSRATH.



WIEN 1898.

VERLAG VON MORITZ PERLES

I, SEILERGASSE 4 (GRABEN).

Digitized by Google

NOV 9 1911

Digitized by Google

Vorwort.

Das Studium der neuen Civilprocessordnung und deren praktische Anwendung werden nur dann erfolgreich sein, wenn ersteres mit einer klaren Auffassung der Principien und Zwecke des neuen Verfahrens betrieben wird, wenn sich der Studierende losringt von althergebrachten Formen und Ueberlieferungen, wenn er die Intentionen des Gesetzgebers voll und ganz zu den seinen zu machen sich bestrebt.

Ein vergleichendes Zurückgreifen auf die alten Gerichtsordnungen wäre schädlich, und der Gesetzestext nebst den allerdings sehr wertvollen Motiven dürften nicht genügen. Das Vorbild unserer Civilprocessordnung ist jene für das deutsche Reich. Viele Abschnitte decken sich nahezu vollständig, und der Zweck vieler Abweichungen ergibt sich aus der Vergleichung mit dem Texte des reichsdeutschen Gesetzes. Vorliegendes Buch verfolgt nun den Zweck, die reichsdeutsche Literatur und Judicatur zur Erläuterung unseres Gesetzes heranzuziehen, aus der Entstehungsgeschichte und den Motiven den Sinn einzelner Bestimmungen zu ergründen, zusammenhängende Bestimmungen und sich gegenseitig ergänzende Vorschriften zusammenzufassen, zweifelhafte Fragen so gut als möglich zu lösen, und in Geltung bleibende ältere Vorschriften im Wortlaute anzuführen.

Leider fehlte es dem Verfasser an Zeit und Gelegenheit, die zahlreichen literarischen Arbeiten, insbesondere die Monographien zum deutschen Civilprocess alle zu durchforschen und zu verwerten, er musste sich mit der Benützung der hervorragendsten Commentare, insbesondere der mustergiltigen Civilprocessordnung von Dr. G. von Wilmowski und M. Lewy, welche bei Vahlen in Berlin in siebenter Auflage erschienen ist, begnügen. Die Entscheidungen des Reichsgerichtes zu Leipzig sind den von Mitgliedern dieses Gerichtshofes und von Mitgliedern der Reichsanwaltschaft veröffentlichten Sammlungen entnommen.

Die römische Ziffer bedeutet den Band, die arabische die Seite, und die Sammlung der Reichsanwaltschaft wird durch ein A bezeichnet.

Digitized by Google

Weitere reichsgerichtliche und [illegible]gerichtliche Entscheidungen stammen aus der Sammlung von Otto Fuchsberger (Emil Roth in Giessen) und sind unter Angabe der Seite citiert.

Diese Sammlung besteht aus dem Hauptbande und dem Ergänzungsbande. Letzterer wird immer noch besonders angeführt. Die Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes werden nach der fortlaufenden Nummer der Glaser-Ungerschen Sammlung citiert.

Die Gesetzeskraft der Geschäftsordnung und das Erscheinen der Vollzugsvorschrift konnten nicht abgewartet werden, da letztere wohl erst für den Herbst 1897 zu erwarten steht. Die zu dem Entwurfe und zu dem Gesetze veröffentlichten Arbeiten wurden thunlichst berücksichtigt, jedoch wurde eine Kritik sorgfältig vermieden; denn nur die Erleichterung des Studiums und der Anwendung des neuen Gesetzes hat der Verfasser im Auge. Deshalb kommen auch Wiederholungen vor, wo sie zur praktischen Brauchbarkeit und zum besseren Verständnis zweckmäßig erschienen sind.

Dass es bei einer so neuen Materie an Mängeln und Irrthümern nicht fehlen wird, steht außer Frage; diese zu beheben, den ganzen Bau unseres Processes auszugestalten und zu befestigen ist die Aufgabe der Zukunft und jeder wird nach Kräften an dieser Ausgestaltung mitzuwirken haben, wenn die beabsichtigten günstigen Erfolge auch wirklich eintreten sollen.

Die Ergänzung und Verbesserung dieses Commentars ist in der Form geplant, dass von dem Inkrafttreten des Gesetzes an alljährlich die Resultate der Wissenschaft und Praxis in einem Jahrbuche in Form von Anmerkungen zu den einzelnen Paragraphen veröffentlicht werden sollen, so dass diese Jahrbücher gleichsam eine Fortsetzung des Buches bilden würden.

Es wird daher an alle Abnehmer des Buches die ergebene Bitte gestellt, dieser Ausgestaltung als Mitarbeiter beizutreten und seinerzeit alle bedeutsameren Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes und der Berufungsgerichte dem Verfasser einsenden zu wollen, damit dieselben im Interesse der Gesammtheit veröffentlicht werden könnten.

Möge diese neben einer angestrengten praktischen Thätigkeit verfasste Arbeit eine nachsichtsvolle Beurtheilung und wohlwollende Aufnahme finden.

Pilsen, im Juni 1896.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprocessordnung).

Mit Zustimmung beider Häuser des Reichsrathes finde Ich anzuordnen, wie folgt:

Erster Theil.

Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt: **Parteien.**

Erster Titel: **Processfähigkeit.**

§ 1. Eine Person ist insoweit fähig, selbständig vor Gericht als Partei zu handeln (Processfähigkeit), als sie selbständig giltige Verpflichtungen eingehen kann. Das Vorhandensein dieser Verpflichtungsfähigkeit, die Nothwendigkeit der Vertretung von Parteien, welchen die Processfähigkeit mangelt, sowie das Erfordernis einer besonderen Ermächtigung zur Processführung oder zu einzelnen Processhandlungen ist, soweit nicht dieses Gesetz abweichende Anordnungen enthält, nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen zu beurtheilen.

1. Die Processfähigkeit ist die rechtliche Befähigung, alle Processhandlungen persönlich oder durch gewählte Vertreter vorzunehmen, mögen sie vor Gericht oder auch nicht vor Gericht erfolgen (z. B. Empfangnahme von Zustellungen). Dieselbe richtet sich nach der Fähigkeit, Verträge schließen zu können. Wer persönlich, ohne Einschränkung Verträge abzuschließen befugt ist, erscheint für alle Processe processfähig; wer in dieser Befugnis beschränkt ist, kann nur in Processen über solche Rechtsverhältnisse persönlich den Process führen, für welche er vertragsfähig ist.

Das „insoweit“ bedeutet also, dass jemand nicht für alle Processe, sondern unter Umständen nur für einzelne Arten von Processen die Processfähigkeit hat. Auch eine im allgemeinen vertragsfähige Person gilt doch hinsichtlich derjenigen Rechts-

Digitized by Google

geschäfte als processunfähig, für welche ihr ausnahmsweise die Vertragsfähigkeit entzogen ist (Wilmowski, S. 100).

Für nicht processfähige Parteien müssen alle Processhandlungen durch deren gesetzliche Vertreter vorgenommen werden. Als gesetzliche Vertreter gelten nicht nur die durch das Gesetz bestellten Vertreter (väterlicher Curator u. s. w.) sondern alle, welche gesetzlich berechtigt sind, die processunfähige Partei vor Gericht zu vertreten. Dieselben sind zu unterscheiden von den Vertretern, welche eine processfähige Partei zu ihrer Vertretung bestellt.

2. Den Begriff der Processfähigkeit bestimmt der Entwurf im Sinne der herrschenden Meinung. Darnach fehlt die Processfähigkeit einestheils den Pflegebefohlenen wegen Beschränkung ihrer Handlungsfähigkeit und andererseits — ohne Rücksicht auf die Begrenztheit oder Unbegrenztheit ihrer Handlungsfähigkeit — allen Rechtssubjecten, für welche bei der Processführung eine Repräsentation schon deshalb geboten ist, weil sie nicht physische Personen sind. Das Erfordernis einer Repräsentation der Parteien hinsichtlich einer dieser beiden Kategorien dem geltenden Rechte gegenüber zu erweitern oder einzuengen, ist keine Veranlassung. Zu einer Einengung deshalb nicht, weil die Aenderungen in der Form der Processhandlungen und in der Structur des Rechtsganges, welche der vorliegende Entwurf herbeiführen will, weder die Nothwendigkeit processualischer Willenserklärungen beseitigen, noch die Möglichkeit vollständig ausschließen, mittels processualer Handlungen über das im Streite verfangene Recht zu verfügen. Jenes Erfordernis aber über den Umfang seiner bisherigen Geltung auszudehnen, hätte keine Berechtigung, weil der Entwurf neue dispositive Processacte nicht schafft, überhaupt den Parteien weder in Ansehung des Processverhältnisses noch hinsichtlich des Anspruches, wegen dessen Klage erhoben wird, eine freiere Verfügung einräumt, als sie nach dem bestehenden Rechte hatten, nur in einer derartigen Stärkung der dispositiven Processelemente aber ein zureichender Grund für die Vermehrung der Fälle liegen würde, in welchen der gesetzliche Vertreter der Partei im Processe einzuschreiten hat. Da außerdem die Processhandlungen, zu welchen gesetzliche Vertreter gegenwärtig einer besonderen Ermächtigung bedürfen, im neuen Verfahren ohne wesentliche Aenderung wiederkehren — es entfallen lediglich die mit dem Beweise durch Haupteid verbundenen Erklärungen — und da die Bedingungen, unter welchen die Repräsentanten nicht processfähiger Parteien zur Vornahme solcher Handlungen befähigt sind, nicht in den Gerichtsordnungen statuiert sind, also die bezüglichen Rechtssätze durch Aufhebung der Gerichtsordnungen

Digitized by Google

auch formell nicht getroffen werden, so konnte die Gesammtheit der mit der Repräsentation processunfähiger Parteien zusammenhängenden Fragen durch Verweisung auf die gegenwärtig darüber geltenden Bestimmungen gelöst werden. (Motive der Regierungsvorlage, S. 192.)

3. Minderjährige können nach § 243 a. b. G. B. weder als Kläger noch als Geklagte vor Gericht erscheinen. Dieselben werden durch den Vater (§ 152 a. b. G. B.) oder wenn ihnen die Obsorge eines solchen nicht zu statten kommt, durch einen Vormund oder Curator gemäß § 187 a. b. G. B. vertreten, welcher nach § 233 a. b. G. B. zu allen Geschäften, welche nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetriebe gehören, also auch zur Processführung als Kläger oder Geklagter die Genehmigung des Pflegschaftsgerichtes einzuholen hat. Die Genehmigung des vormundschaftlichen oder Curatelsgerichtes, ist jedoch zur Beweisführung durch Vernehmung der Parteien gemäß Art. XLI des Einführungsgesetzes nicht erforderlich. Den Minderjährigen stehen betreffs der Processfähigkeit und der Ermächtigung zur Processführung gleich:

a) Großjährige, über welche nach § 172 a. b. G. B. die väterliche Gewalt, oder nach § 251 a. b. G. B. die Vormundschaft verlängert worden ist;
b) Großjährige welche nach § 273 a. b. G. B. als Verschwender erklärt oder wegen Wahn- oder Blödsinns unter Curatel gestellt worden sind.

Taubstumme sollen nach § 275 a. b. G. B. vor Gericht nie ohne einen Sachwalter erscheinen.

4. Nach der Eröffnung des Concurses können Rechtssachen, welche die Geltendmachung oder Sicherstellung von Ansprüchen auf das zur Concursmasse gehörige Vermögen bezwecken, gegen den Gemeinschuldner weder anhängig gemacht noch fortgesetzt werden. Das Verfahren findet nach § 6 C. O. gegen die Gläubigerschaft statt, welche durch den Masseverwalter vertreten wird.

Rechtssachen, bei welchen der Anspruch auf eine persönliche Leistung, Unterlassung oder Duldung des Gemeinschuldners oder auf ein durch die Concurseröffnung seiner Verfügung nicht entzogenes Vermögen gerichtet ist, können nach § 9 C. O. auch nach der Eröffnung des Concurses wie außer dem Concurse gegen denselben anhängig gemacht oder fortgesetzt werden.

Der Gemeinschuldner kann nach eröffnetem Concurse wegen seines zur Masse gehörigen Vermögens gemäß § 3 e. O. nicht klagen. Dieses Recht steht sowohl betreffs neuer Klagen, als auch gemäß § 10 C. O. in Ansehung der bereits anhängigen Rechtssachen der Gläubigerschaft durch den Masseverwalter zu.

Digitized by Google

5. Die Vorschriften über die Vertretung des Staates, der von demselben verwalteten oder dotierten Fonde, Kirchen, Pfründen und anderer Vermögenschaften durch die Finanzprocuratur bleiben gemäß Art. IV des Einführungsgesetzes unberührt. Die Finanzprocuraturen sind gemäß F. M. E. vom 13. August 1851, Nr. 188 R.-G.-Bl., bestimmt zur gerichtlichen Vertretung und zur Führung jener Rechtsstreite, welche das Staatsvermögen und die demselben gleichgehaltenen Fonde betreffen, ohne Unterschied des Ministeriums oder der Behörde, welchen die Verwaltung dieses Vermögens zugewiesen ist.

a) Hieher gehören zunächst nach der Dienstinstruction vom 16. Februar 1855, Nr. 34 R.-G.-Bl. alle landesfürstlichen Steuern und Abgaben, Gefälle, Regalien, Fabriken, Domänen, die Staatslehens-Gerechtsamen und überhaupt alle zur Bestreitung des Staatshaushaltes bestimmten Institutionen und Anstalten, das Caducitätsrecht, die Territorialrechte, Landesgrenzen und landesfürstlichen Patronatsrechte, also alles was unter Aerar verstanden wird, selbst das Hofärar (E. v. 22. December 1875, Z. 13826, Nr. 5954) und das königl. ungarische Aerar (E. v. 28. October 1883, Z. 13584, Nr. 9678).

b) Alle Fonde, welche von den Staatsbehörden unmittelbar verwaltet, oder insofern das nicht der Fall ist, ganz oder theilweise aus dem Staatsschatz dotiert werden, gehören gleichfalls nach der Dienstesinstruction vom 16. Februar 1855, Nr. 34 R.-G.-Bl., zu den von der Finanzprocuratur zu vertretenden Vermögenschaften. Dies gilt insbesondere von den Staatseisenbahnen (E. v. 25. Juli 1888, Z. 8443, Nr. 12282).

c) Weiters führt diese Dienstesinstruction an die unmittelbar von den landesfürstlichen Behörden verwalteten Stiftungen. Anderen Stiftungen gebürt nur insofern die Vertretung durch die Finanzprocuratur, als es sich um die erste Constituierung der Stiftung und um die Einbringung des gestifteten Vermögens zum Behufe der Constituierung der Stiftung, nicht aber, insofern es sich nach bereits constituierter Stiftung um fernere Rechtsgeschäfte oder Vertretungen handelt.

d) Das katholische Kirchenvermögen genießt gemäß § 38 des Gesetzes vom 7. Mai 1874, Nr. 50 R.-G.-Bl., den für gemeinnützige Stiftungen bestehenden staatlichen Schutz. Die Verwaltung dieses Vermögens und der bei den Kirchen bestehenden kirchlichen Anstalten (Stiftungen und dergl.) ist nach § 41 im allgemeinen nach dem Grundsatze einzurichten, dass an derselben der Kirchenvorsteher sowie

Digitized by Google

eine Vertretung derjenigen theilzunehmen hat, welchen bei Unzulänglichkeit jenes Vermögens die Bestreitung der Auslagen für die Kirchenbedürfnisse und die subsidiäre Haftung für die Verpflichtungen der Kirche oder kirchlichen Anstalt obliegt.

Betreffs der evangelischen Kirche augsburgischen und helvetischen Bekenntnisses bestimmt die Kundmachung des Staatsministeriums vom 23. Jänner 1866, Nr. 15 R.-G.-Bl., im § 42, dass die Verwaltung und Wahrung des Gemeindevermögens und der Stiftungen in den Wirkungskreis des Presbyteriums gehört.

Nach diesen Bestimmungen sind die Vorschriften der Dienstesinstruction vom 16. Februar 1855, Nr. 34 R.-G.-Bl., zu beurtheilen, wonach das Kirchenvermögen und das Vermögen geistlicher Beneficien, insofern es sich um die ursprüngliche Bestiftung der Kirche oder des geistlichen Beneficiums oder um die Integrität des Stammvermögens handelt, oder dieses Vermögen von landesfürstlichen Behörden verwaltet wird, nicht aber insofern bei schon bestehenden Kirchen oder geistlichen Beneficien die laufenden Vermögensnutzungen zu vertreten oder einzubringen sind, durch die Finanzprocuratur vertreten werden muss.

Gemäß J. M. E. v. 4. November 1875, Z. 14726 ist den Kirchen und Pfründen sohin bei Einbringung von Erbschaften und Legaten die Vertretung durch die Finanzprocuratur zu leisten.

Die Klage auf Zahlung eines Baulohnes aus dem Vermögen einer Pfarrkirche ist gegen die Finanzprocuratur zu richten (E. v. 5. November 1878, Z. 12444, Nr. 7193); aber der Pfarrer ist andererseits im Besitzstörungsverfahren zur Vertretung des Beneficiums berechtigt (E. v. 27. März 1890, Z. 3193, Nr. 13326), er kann ein zur Pfarrkirche gehöriges Stiftungscapital, welches einer dritten Person als Darlehen gegeben worden ist, einklagen (E. v. 23. December 1890, Z. 14195, Nr. 13527), weil es sich in diesen Fällen nicht um die Integrität des Stammvermögens handelt.

e) Den staatlichen Schulbehörden (Orts-, Bezirks- und Landesschulräthen), beziehungweise den von von diesen verwalteteten Fonden, einschließlich der Volksschullehrer-Pensionsfonde sind die Finanzprocuraturen laut M. E. v. 14. Juli 1872, Nr. 119 R.-G.-Bl., die Rechtsvertretung zu gewähren verpflichtet. Diese Schulbehörden dürfen auf die für Rechtsangelegenheiten ihnen gewährte fiscalamt-

Digitized by Google

liche Vertretung ohne höhere Genehmigung nicht verzichten (E. v. 22. Mai 1878, Z. 5779, Nr. 6988).

f) Wenn beide Theile durch die Finanzprocuratur zu vertreten sind, ist diese Vertretung gemäß § 13 der Dienstesinstruction und J. H. D. v. 30. November 1789, Nr. 1080 J. G. S. nicht unmittelbar von der Finanzprocuratur, sondern durch zwei von der vorgesetzten Administrativ- oder autonomen Behörde zu bestellende Vertreter zu gewähren.

6. Die gesetzlichen Vorschriften über die gerichtliche Vertretung von Gemeinden, Gesellschaften, Genossenschaften, Bruderladen und Hilfscassen bleiben nach Art. IV des Einführungsgesetzes unberührt.

a) Der Landesausschuss repräsentiert die Landesvertretung in allen Rechtsangelegenheiten. Die im Namen der Landesvertretung auszustellenden Urkunden sind von dem Oberstlandmarschalle (Landmarschalle, Landeshauptmanne, Landtagspräsidenten) und zwei Mitgliedern (Beisitzern) des Landesausschusses zu fertigen und mit dem Landessiegel zu versehen (§ 28, 29 der Landesordnungen vom 21. Februar 1861, Nr. 20 R.-G.-Bl.).

b) Wo auf Grund des Gesetzes vom 5. März 1862, Nr. 18 R.-G.-Bl., Bezirksvertretungen bestehen, repräsentiert der Bezirksausschuss die Bezirksvertretung nach Außen und in allen Rechtsangelegenheiten und vermittelt den Geschäftsverkehr derselben. Die im Namen der Bezirksvertretung auszustellenden Urkunden sind vom Obmann und zwei Mitgliedern des Bezirksausschusses zu fertigen.

c) Die Gemeinde wird in ihren Angelegenheiten durch einen Gemeindeausschuss und einen Gemeindevorstand vertreten (Art. VIII des Gesetzes vom 5. März 1862, Nr. 18 R.-G.-Bl.). Der Gemeindevorsteher vertritt die Gemeinde nach Außen Urkunden, durch welche Verbindlichkeiten gegen dritte Personen begründet werden sollen, müssen vom Gemeindevorsteher und einem Gemeinderathe unterfertigt werden. Vollmachten zur Processführung müssen die Zustimmung des Ausschusses unter Mitfertigung von zwei Ausschussmännern ersichtlich machen.

d) Jede Wassergenossenschaft muss Statuten, eine Vereinsleitung und einen Vorstand haben, der sie nach Außen vertritt. Die rechtliche Existenz einer Wassergenossenschaft für den öffentlichen und bürgerlichen Verkehr ist durch die Erlangung ihrer Anerkennung von Seite der zuständigen Verwaltungsbehörden bedingt.

Die Anerkennungsurkunde, die Statuten, das Verzeichnis der Mitglieder und die Unterschrift der Personen,

Digitized by Google

welche für den Vorstand zeichnen, müssen in einem besonderen Vormerkbuche (Wasserbuch) ersichtlich gemacht und jede diesfalls eingetretene Aenderung darin angemerkt werden (§ 22 Ges. v. 30. Mai 1869, Nr. 90 R.-G.-Bl.).

e) Jede Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft muss nach § 15 Ges. v. 9. April 1873, Nr. 70 R.-G.-Bl., einen aus der Zahl der Genossenschafter zu wählenden Vorstand haben. Sie wird durch denselben gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Der Vorstand kann aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen. Die jeweiligen Mitglieder des Vorstandes müssen alsbald nach ihrer Bestellung zur Eintragung in das Genossenschaftsregister nach § 16 obigen Gesetzes angemeldet werden.

f) Die Geschäftsführung und Vertretung der auf Grund des Gesetzes vom 28. December 1887, Nr. 1 R.-G.-Bl. pro 1888, errichteten Unfallversicherungsanstalten steht dem Vorstande zu, welcher collegial organisiert ist und aus seiner Mitte den Obmann und dessen Stellvertreter wählt. Die näheren Bestimmungen trifft für jede Anstalt deren Statut.

g) Für die gemäß Gesetzes vom 30. März 1888, Nr. 33 R.-G.-Bl., bestehenden oder neu zu bildenden Krankencassen bestimmt deren Statut die Bildung des Vorstandes und den Umfang seiner Befugnisse. Demselben steht die ganze Geschäftsführung und Vertretung mit Ausnahme jener Angelegenheiten zu, die durch das Statut der Beschlussfassung der Generalversammlung vorbehalten sind. Der Generalversammlung ist jedenfalls vorzubehalten die Verfolgung von Ansprüchen, welche der Casse gegen Mitglieder des Vorstandes oder des Ueberwachungsausschusses aus deren Amtsführung erwachsen, und die Wahl der zur Verfolgung dieser Ansprüche Beauftragten (§§ 14, 16, 17).

h) Das Gesetz vom 28. Juli 1889, Nr. 127 R.-G.-Bl., bestimmt betreffs der nach dem allgemeinen Berggesetze bestehenden oder zu errichtenden Bruderladen, dass der Vorstand die Bruderlade gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten hat. Zur Legitimation des Vorstandes genügt die Bescheinigung des Revierbeamten, dass die darin bezeichneten Personen zur Zeit den Vorstand bilden. Das Statut hat die Vorschriften über die Bildung des Vorstandes, den Umfang und die Dauer seiner Befugnisse zu enthalten. Der Generalversammlung ist vorbehalten die Verfolgung von Ansprüchen, welche der Bruderlade gegen Mitglieder des Vorstandes oder des Ueberwachungsausschusses erwachsen, und die Wahl der zur Verfolgung

Digitized by Google

dieser Ansprüche Beauftragten (§§ 17, 18). Im Falle der zeitlichen oder dauernden Herabminderung der Zahl der Bruderladenmitglieder, wodurch eine statutenmäßige Verwaltung der Bruderlade unmöglich gemacht wird, kann die Verwaltung von der zuständigen Bergbehörde übernommen werden, welche dieselbe durch einen von ihr zu bestellenden Vertreter zu besorgen hat. (§ 27).

i) Offene Handelsgesellschaften werden nach Art. 117 H. G. B. vor Gericht von jedem Gesellschafter giltig vertreten, welcher von der Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, nicht ausgeschlossen ist, worüber das Handelsregister Aufschluss gibt.

Die Commanditgesellschaft wird nach Art. 167, H. G. B. durch die persönlich haftenden Gesellschafter vor Gericht vertreten; sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so gelten nach Art. 150 die Bestimmungen für offene Handelsgesellschaften.

Die Commanditgesellschaft auf Actien wird gemäß Art. 196 H. G. B. durch die persönlich haftenden Gesellschafter vor Gericht vertreten; wenn die Commanditisten selbst in Gesammtheit und im gemeinsamen Interesse gegen die persönlich haftenden Gesellschafter oder gegen den Aufsichtsrath einen Process zu führen haben, so werden sie durch Bevollmächtigte vertreten, welche nach Art. 195 H. G. B. in der Generalversammlung gewählt werden.

Die Actiengesellschaft wird gemäß Art. 227 H. G. B. durch den Vorstand gerichtlich vertreten; die Art der Bestellung und Zusammensetzung desselben und die Form für die Legitimation der Mitglieder wird durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt. Bei der Liquidation einer offenen, Commandit- oder Actiengesellschaft vertreten die Liquidatoren die Gesellschaft vor Gericht (Art. 137, 172, 205, 244, H. G. B.).

§ 2. Insbesondere bedarf der Minderjährige in Rechtsstreitigkeiten, welche nur dasjenige zum Gegenstande haben, worüber er zufolge der §§ 151, 246 und 247 a. b. G. B. frei verfügen darf, nicht der Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters.

1. Durch das bürgerliche Recht wird den Minderjährigen freie Verfügung über gewisse Vermögensbestandtheile eingeräumt: über das durch eigenen Fleiß Erworbene, über den reinen Ueberschuss ihrer Einkünfte u. s. w. Mit der Verleihung der vollen Geschäftsfähigkeit schwindet zugleich in den nämlichen Grenzen der Grund, diese Personen als processunfähig zu behandeln, da sie doch lediglich ihrer beschränkten Handlungs-

Digitized by Google

fähigkeit wegen von selbständiger Processthätigkeit ferngehalten werden. Das Gesetz über das Bagatellverfahren hat sich bereits zu dieser Folgerung bekannt (Motive der Regierungsvorlage S. 192).

2. Ueber das, was ein minderjähriges, jedoch außer der Verpflegung der Eltern stehendes Kind durch seinen Fleiß erwirbt, sowie über Sachen, die ihm nach erreichter Mündigkeit zu seinem Gebrauche übergeben worden sind, kann es nach §§ 151, 246 a. b. G. B. frei verfügen und sich giltig verpflichten. Einem Minderjährigen der das zwanzigste Lebensjahr zurückgelegt hat, kann die Obervormundschaft den reinen Ueberschuss seiner Einkünfte zur eigenen freien Verwaltung überlassen; über diesen seiner Verwaltung anvertrauten Betrag ist er gemäß § 247 a. b. G. B. berechtigt, eigenmächtig sich zu verbinden.

Diese zunächst für Minderjährige getroffene Bestimmung und sonach auch die Vorschrift des § 2 muss auch für Curanden (Wahnsinnige, Verschwender u. s. w.) gelten, weil nach §§ 187 und 282 a. b. G. B. Pupillen und Curanden in ihren Rechten und Pflichten und in der Führung ihrer Geschäfte einander gesetzlich gleichstehen (E. v. 27. Februar 1879, Z. 14234, Nr. 7353). Der Minderjährige kann sonach über das, was er sich durch seinen Fleiß erwirbt, frei verfügen und sich verpflichten. Darunter kann aber nur das verstanden werden, was er sich erwirbt oder schon erworben hat (E. v. 7. October 1887, Nr. 9499, Z. 11772). Diese Ausnahmsbestimmung, welche als solche strenge auszulegen ist, hat also offenbar einen durch Fleiß bewirkten Vermögenserwerb zur Voraussetzung, in welchem sich der Minderjährige zur Zeit der von ihm in Bezug hierauf übernommenen Verpflichtung bereits befindet, nicht aber einen solchen, welcher für ihn erst in der Zukunft irgendwann eintreten wird (E. v. 10. Juli 1883, Z. 6411, Nr. 10850). Außerdem muss die Verpflichtung in einem angemessenen Verhältnis zu dem Erwerbe (E. v. 25. April 1888, Z. 4699, Nr. 12164) oder zu dem nach § 247 a. b. G. B. eingeräumten Ueberschusse des reinen Einkommens stehen (E. v. 5. Februar 1890, Z. 568, Nr. 13140). Es kann daher vorkommen, dass die Processfähigkeit nach den Klagsangaben begründet, nach dem späteren Ergebnisse der Verhandlung aber unbegründet oder zweifelhaft erscheint, wo sodann im Sinne der §§ 6, 7 für die Beseitigung des Mangels durch Beiziehung des gesetzlichen Vertreters zu sorgen sein wird.

Die Execution ist gemäß § 39 Exec.-Ord. auf das der freien Verfügung vorbehaltene Vermögen beschränkt.

§ 3. Ein Ausländer, welchem nach dem Rechte seines Landes die Processfähigkeit mangelt, ist vor den inländischen Gerichten als processfähig zu behandeln, wenn ihm nach den

Digitized by Google

im Inlande geltenden gesetzlichen Bestimmungen die Processfähigkeit zukommt.

Als Inland im Sinne der Civilprocessordnung gilt das Gebiet der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder. Personen, welche in diesem Gebiete das Staatsbürgerrecht nicht genießen, sind nach Art. XXIX als Ausländer anzusehen.

Die Vorschrift des § 3 gilt nur für physische Personen. Sie hat ferner keine Anwendung auf solche Personen, denen von der ausländischen competenten Behörde die Handlungsfähigkeit entzogen ist, z. B. Geisteskranke, Verschwender.

Ist aber ein Ausländer nach dem inländischen Gesetze processfähig, so steht es nicht in seinem oder seines ausländischen gesetzlichen Vertreters Belieben, ob der processfähige Ausländer oder ob dessen gesetzlicher Vertreter die Processhandlungen vor dem inländischen Gerichte vornehmen will, da eine processfähige Partei keinen gesetzlichen Vertreter hat, daher auch durch einen solchen nicht vertreten werden kann.

Für nicht processfähige Parteien, welche keine physischen Personen sind, für ausländische Vereine, Gesellschaften oder andere juristische Personen enthält der § 3 keine Vorschriften; dieselben werden durch ihre gesetzlichen Vertreter repräsentiert. Für ausländische Actiengesellschaften und Commanditgesellschaften auf Actien ist durch die kaiserliche Verordnung vom 29. November 1865, Nr. 127 R.-G.-Bl., für Actiengesellschaften, Versicherungsgesellschaften, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften Ungarns durch das Gesetz vom 27. Juni 1878, Nr. 63 R.-G.-Bl., eine besondere inländische Repräsentanz vorgeschrieben.

§ 4. Die gesetzlichen Vertreter solcher Parteien, welchen die Processfähigkeit mangelt, haben ihre Vertretungsbefugnis und die im einzelnen Falle etwa noch nöthige besondere Ermächtigung zur Processführung, soweit nicht beides bereits bei Gericht offenkundig ist, bei der ersten Processhandlung urkundlich nachzuweisen, welche sie vor Gericht vornehmen.

Die zu einer einzelnen Processhandlung erforderliche besondere Ermächtigung muss in gleicher Weise bei Vornahme dieser Processhandlung nachgewiesen werden.

1. Jeder gesetzliche Vertreter einer processunfähigen Partei, also sowohl der Vormund oder Curator, als der Repräsentant einer juristischen Person hat die Vertretungsbefugnis urkundlich nachzuweisen.

Es genügt daher nicht, die betreffende Urkunde in Abschrift beizulegen, sondern es muss das Original oder eine beglaubigte Abschrift beigebracht werden.

Digitized by Google

Da jedoch nach § 229 der Partei das Recht zusteht, Urkunden, die bei einem Notar oder einer öffentlichen Behörde verwahrt werden, und die sie sich nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften nicht zu verschaffen vermag oder deren Ausfolgung ihr von der Behörde oder dem Notar in ungerechtfertigter Weise verweigert wird, durch das Gericht herbeischaffen zu lassen, so wird ihr dieses Recht auch betreffs der die Vertretungsbefugnis nachweisenden Urkunde zustehen, es wird jedoch der diesbezügliche Antrag bei der ersten Processhandlung, welche sie vor Gericht vornimmt, also im ersten Schriftsatze, den sie überreicht, oder bei der ersten Verhandlung, bei der sie erscheint, zu stellen sein. In gleicher Weise ist eine etwa nothwendige besondere Ermächtigung zur Processführung nachzuweisen.

Die Nothwendigkeit dieses Nachweises entfällt, wenn die Vertretungsbefugnis oder die besondere Ermächtigung bei Gericht offenkundig ist.

2. Bei Charakterisierung der Offenkundigkeit (Notorietät), welche die Beweisführung entbehrlich macht, wurde nicht die Ortskundigkeit in den Vordergrund gestellt, weil es wohl möglich ist, dass eine Thatsache, von welcher man sagen kann, dass sie an einem Orte so bekannt ist, um als ortskundig bezeichnet werden zu können, dennoch dem Gerichte unbekannt geblieben sei. Für den Richter wird ein Beweis nur dann überflüssig sein, wenn die Thatsache bei Gericht offenkundig ist. Bei Beurtheilung, ob dies der Fall, wird die Gesammtheit des Gerichtspersonals, sowohl als Bruchtheil der Gesellschaft, deren Wahrnehmungen sich persönlich niemand entziehen kann, als in seiner besonderen Eigenschaft als Träger einer öffentlichen Function in Betracht kommen (Regierungsmotive S. 265).

Offenkundig ist eine Thatsache, für welche es eines Beweises aus dem Grunde nicht bedarf, weil die Ueberzeugung von ihrer Wahrheit eine allgemeine oder doch auf jedermann zugänglichen Wegen erreichbare ist. Eine Thatsache kann entweder allgemein oder nur bei dem betreffenden Gerichte offenkundig sein.

a) Für die erstere Kategorie kommt es nicht darauf an, ob der Richter die Thatsachen als Richter amtlich erfahren hat. Wodurch er seine Wissenschaft erlangt hat, ist unerheblich; eine Beschränkung auf bestimmte Erkenntnisquellen als allein zulässige ist nicht vorgeschrieben (Wilmowski, S. 468). Doch ist zu berücksichtigen, dass die Vertretungsbefugnis in jeder Lage des Processes, daher auch vor den höheren Instanzen zu prüfen ist, dass Thatsachen von localem Interesse, z. B. wer Vorstand einer

Digitized by Google

Sparcasse, eines Vereines ist, im engen Kreise des erkennenden Gerichtes erster Instanz allgemein bekannt, dem Berufungsgerichte aber unbekannt sein können, weshalb in solchen Fällen nur die wirklich im weiteren Kreise allgemein bekannten Thatsachen als notorisch anerkannt werden können.

Die Finanzprocuratur bedarf einer Vollmacht nicht. Zum Abschlusse eines Vergleiches bedarf dieselbe aber gemäß § 1008 a. b. G. B. der Bewilligung der competenten administrativen Behörde, welche dem Gerichte vorzulegen ist (J. M. E. v. 25. April 1856, Z. 8911).

b) Anders ist die Sache bei der zweiten Kategorie, bei' den gerichtskundigen Thatsachen im engeren Sinn, welche dem Processgerichte amtlich bekannt geworden und schon bei diesem Gerichte offenkundig sind, ohne onst einer weiteren allgemeinen Verbreitung zu bedürfen.

Wenn das Gericht die Vertretungsbefugnis eines öffentlichen Gesellschafters, des Vorstandes einer Actiengesellschaft, einer Genossenschaft aus dem Handels- oder Genossenschaftsregister, die bei demselben Gerichte geführt werden, wenn es die Vertretungsbefugnis und die Klagslegitimation eines von ihm bestellten Vormundes oder Curators aus den Amtsacten ersehen kann, so ist ihm diese Thatsache nicht nur amtlich bekannt, sondern es ist auch in der Lage, dieselbe der Berufungsinstanz amtlich zu bestätigen und dadurch den Mangel des Nachweises der Vertretungsbefugnis im Instanzenzuge zu beheben.

Auf diese Weise wird es auch processunfähigen Parteien, welche häufiger bei Gericht zu thun haben, möglich sein, durch urkundliche Nachweisung ihrer gesetzlichen Vertreter ein für allemal diese Thatsache zur Kenntnis des Gerichtes zu bringen und sich durch Berufung auf diese Anzeige im einzelnen Falle von der neuerlichen Nachweisung der Vertretungsbefugnis zu befreien.

3. Die Prüfung der Offenkundigkeit ist bei Gerichtshöfen Sache des Vorsitzenden des Senates, trägt er diesbezüglich Bedenken, so hat er gemäß § 230 die Entscheidung des Senates einzuholen, dem auch im weiteren Verlaufe des Verfahrens die Prüfung zusteht.

Diesbezüglich entscheidet die Mehrheit der Stimmen, so dass die Vertretungsbefugnis für offenkundig gilt, wenn sie nur der Mehrheit der Stimmführer offenkundig ist.

§ 5. Soweit dieses Gesetz nicht unterscheidet, sind dessen Bestimmungen über Parteien auch auf deren gesetzliche Vertreter zu beziehen.

Digitized by Google

§ 6. Der Mangel der Processfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung, sowie der etwa erforderlichen besonderen Ermächtigung zur Processführung ist in jeder Lage des Rechtsstreites von amtswegen zu berücksichtigen.

Kann dieser Mangel beseitigt werden, so hat das Gericht die hiezu erforderlichen Aufträge zu ertheilen und zu ihrer Erfüllung von amtswegen eine angemessene Frist zu bestimmen, bis zu deren fruchtlosem Ablaufe der Ausspruch über die Rechtsfolgen des Mangels aufgeschoben bleibt. Ist jedoch mit dem Verzuge für die processunfähige Partei Gefahr verbunden, so kann diese oder die für dieselbe als Vertreter einschreitende Person noch vor Ablauf dieser Frist, vorbehaltlich der Beseitigung des Mangels, zur Vornahme der nothwendigen Processhandlungen zugelassen werden.

Die im Absatz 2 bezeichneten gerichtlichen Verfügungen können durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden. Eine Verlängerung der zur Behebung des Mangels gewährten Frist ist nur dann zulässig, wenn die Behebung des Mangels durch Umstände behindert wird, auf deren Beseitigung die Partei oder deren Vertreter einen Einfluss zu nehmen nicht vermag.

1. Der Entwurf hält an dem geltenden Rechte fest, dass der Mangel der Processfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung und der besonderen Ermächtigung zur Processführung von amtswegen und in jeder Lage des Verfahrens zu berücksichtigen ist, durch den Abschluss des Verfahrens an sich nicht geheilt wird. Nach Rechtskraft der Entscheidung ist ihrer Geltendmachung der Weg der Nichtigkeitsklage erschlossen (§ 529, Z. 2). Daneben soll sich die Behandlung der hier besprochenen Processvoraussetzungen in einer wichtigen Beziehung allerdings erheblich ändern. Die Processfähigkeit und das Erfordernis einer gesetzlichen Vertretung hatte bis nun im streitigen und außerstreitigen Verfahren insoferne verschiedene Folgen, als in letzterem der Richter nicht bloß — wie im Civilprocesse — die Rechtsfolge der constatierten Processunfähigkeit durch Abweisung der Klage, oder durch Abbruch der Verhandlung zu realisieren hat, sondern vielmehr behufs Sanierung dieses Mangels thätig wird, der drohenden Nichtigkeit durch Beiziehung eines gesetzlichen Vertreters vorbauen soll. In dem Maße, als der Verhandlungsgrundsatz im künftigen Civilprocesse weniger scharf hervortreten wird, und sich dadurch die Stellung des Processrichters der des Richters im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit einigermaßen nähert, verlieren auch die Gründe ihre Bedeutung, derentwegen bisher dem Processrichter ein ähnlich vorbeugendes Eingreifen, eine Hilfeleistung zur Hintanhaltung

Digitized by Google

der Nichtigkeit wegen Processunfähigkeit u. s. w. versagt war. Der Entwurf verpflichtet demgemäß den Richter dort, wo der Mangel der gesetzlichen Vertretung oder der erforderlichen besonderen Ermächtigung zur Processführung geheilt werden kann, den Parteien (unter entsprechender Fristbestimmung) die zur Heilung des Mangels und zur gesetzlichen Durchführung des Verfahrens nothwendigen Belehrungen und Anweisungen zu ertheilen.

Der Mangel wird als beseitigt anzusehen sein, wenn die processunfähige Partei processfähig wird oder eine legale Repräsentanz erhält und eine nachträgliche Genehmigung des vorangegangenen Verfahrens erfolgt. Dadurch werden häufig doppelte Klagen und unnützer Mühe- und Kostenaufwand erspart werden. Der Richter tritt durch solche Anweisung nicht aus der für ihn nothwendigen Stellung eines unparteiischen Rechtssprechungsorganes heraus. Indem er den Parteien sagt, was das Gesetz behufs giltigen Zustandekommens oder Fortsetzens des Processes fordert und sie diese Anordnung des Gesetzes befolgen heißt, wird er nicht im besonderen Interesse eines der Streittheile, sondern im gemeinsamen Interesse beider thätig; er wird hiedurch nicht zum Anwalt des einen, sondern bleibt das zur autoritativen Rechtsanwendung berufene Organ. Der Unterschied ist nur der, dass er die Resultate der Rechtsanwendung den Parteien schon zu einer Zeit bekannt gibt, in welcher dieselben von diesem Ausspruche noch behufs Vermeidung vergeblicher Processchritte Nutzen ziehen können.

2. Eine weitere, der gleichen Wurzel entspringende Modification des geltenden Rechtes enthällt die Bestimmung, dass die processunfähige Partei oder deren nicht gehörig legitimierter gesetzlicher Vertreter u. s. w. bei Gefahr am Verzuge noch vor Sanierung des Mangels zur Vornahme der jeweils gerade nothwendigen Processhandlung zugelassen werden sollen; die Wirksamkeit der von ihnen unternommenen Processchritte ist an die Bedingung nachträglicher rechtzeitiger Behebung des Mangels gebunden. In den meisten Processgesetzen ist für dringendere Fälle die Möglichkeit eröffnet, eine nicht gehörig legitimierte Person — wenigstens interimistisch — anstatt des gesetzlichen Vertreters einschreiten zu lassen, für die processunfähige Partei einen einstweiligen Vertreter zu bestellen. Für den gleichen Fall bietet nun die eben besprochene Maßregel eine weit einfachere Lösung. Denn auf diese Art wird die besondere Bestellung eines processualen Vertreters vermieden, die sich in der That überall dort als überflüssig darstellt, wo trotz des Mangels der juristischen Voraussetzungen selbständigen processualen Handelns doch die thatsächlichen und namentlich

Digitized by Google

die intellectuellen Bedingungen solchen Handelns gegeben sind, wie dies eben die bis dahin vom Processunfähigen selbst oder dem unlegitimierten Vertreter desselben wirklich vorgenommenen processualischen Acte beweisen. Die Anwendung der Vorschrift des § 38 schränkt sich damit auf die Fälle ein, in welchen auch jene außerjuristischen Vorbedingungen selbständigen processualen Handelns nicht gegeben sind. (Motive zur Regierungsvorlage S. 194).

3. Das Gericht erster oder höherer Instanz, bei welchem die Rechtssache eben anhängig ist, hat also überall dort, wo sich der Mangel beheben lässt, die zweckentsprechenden Aufträge zu erlassen, welche bei Gerichtshöfen gemäß § 230 von dem Senate zu beschließen sind. Zur Erfüllung der Aufträge ist eine angemessene Frist zu bestimmen, welche verlängert werden kann, wenn die Partei oder deren Vertreter auf die Beseitigung der Hinderungsgründe einen Einfluss zu nehmen nicht vermag. Die zur Rechtfertigung angeführten Umstände sind nach § 128 glaubhaft zu machen, wenn es das Gericht verlangt. Es ist daher anzugeben und auf Verlangen glaubhaft zu machen (§ 274) dass seitens der Partei oder ihres Vertreters alles zur Behebung des Mangels Erforderliche geschehen ist, dass jedoch andere ihrer Einflussnahme entrückte Umstände, z. B. Erhebungen des Vormundschaftsgerichtes vor Ertheilung des Klagsconsenses u. dgl. der Behebung des Mangels entgegenstehen.

Der Antrag auf Verlängerung der Frist muss gemäß § 128 vor Ablauf der Frist bei Gericht angebracht werden und es ist vor Bewilligung der wiederholten Verlängerung der Frist gemäß § 128 der Gegner zu hören.

Die Zulässigkeit der Vornahme nothwendiger Processhandlungen durch die processunfähige Partei oder deren nicht legitimierten Vertreter hat nach § 38 das Gericht, also bei Gerichtshöfen der Senat zu beschließen.

4. Weder die Fristbestimmung zur Behebung des Mangels, noch die Zulassung zur Vornahme der nothwendigen Processhandlung vorbehaltlich der Beseitigung des Mangels kann durch ein abgesondertes Rechtsmittel angefochten werden. Der Ausschluss eines abgesonderten Rechtsmittels ist nach den Regierungsmotiven unbedenklich. Denn wenn selbst die Partei die Verfügung für unrichtig halten sollte, so ist sie dadurch geschützt, dass bei nicht rechtzeitiger Erfüllung des Auftrages Abweisung der Klage wegen Nichtigkeit, also schlimmstens jene Rechtsfolge eintritt, die sich heute an die Wahrnehmung des Processfähigkeitsmangels unmittelbar knüpft. Gegen solche

Digitized by Google

Zurückweisungen ist aber der Recurs selbstverständlich statthaft (Motive zur Regierungsvorlage, S. 193).

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass derartige Verfügungen nicht nur bei Beginn des Rechtsstreites sondern in jeder Lage desselben zulässig sind, dass daher auch die Interessen der Gegenpartei auf Beendigung des Processes in Frage kommen, weshalb bei Bemessung und insbesondere bei Verlängerung der Frist dieses Interesse der Gegenpartei zu berücksichtigen sein wird, was das Gesetz auch dadurch zum Ausdruck bringt, dass nicht die allgemeinen in der Person des Fristwerbers liegenden Voraussetzungen des § 128 für die Fristverlängerung maßgebend sein sollen, sondern einzig die oben angeführten dem Einflusse des Fristwerbers entrückten Bedingungen hiefür entscheidend sind. Ueber die angestrebte Verlängerung einer Frist hat bei Gerichtshöfen gemäß § 140 der Vorsitzende des Senates zu entscheiden.

Die erste Fristverlängerung, welche die Dauer der ursprünglichen Frist nicht überschreitet, kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden. Ueberschreitet aber die erste Frist die Dauer der ursprünglichen, oder werden weitere Fristen bewilligt oder Fristgesuche abgewiesen, so steht gegen diese Beschlüsse nach § 141 das Rechtsmittel des Recurses zu, dem jedoch, wenn der Vorsitzende des Senates den anzufechtenden Beschluss gefasst hat, nach § 516 der Antrag auf Abänderung durch den Senat vorauszugehen hat.

5. Der Ausspruch über die Rechtsfolgen des Mangels ist verschieden. Kann der bei Prüfung der Klage nach § 230 aufgestoßene Mangel überhaupt nicht beseitigt werden, oder ist die zur Behebung eines solchen Mangels (auf Seite des Klägers oder des Geklagten) in Vorerledigung der Klage gesetzte Frist vom Kläger nicht verlängert und auch nicht zur Behebung des Mangels verwendet worden, so ist die Klage gemäß § 230 vom Senate als zur Bestimmung der Tagsatzung ungeeignet zurückzustellen.

Wird ein solcher Mangel bei der ersten Tagsatzung von amtswegen oder über Einwendung der Parteien sichergestellt, und kann derselbe nicht behoben werden, so ist gemäß § 239 durch Beschluss des die Tagsatzung leitenden Richters die Zurückweisung der Klage und Einstellung des Verfahrens auszusprechen.

Das Gericht ist nicht berechtigt, den nach seiner Ansicht unberechtigten Vertreter, dem die Ladung zur Verhandlung zugestellt worden ist, von der Verhandlung bei der ersten Tagfahrt auszuschließen.

Digitized by Google

Ueber behebbare, in der ersten Tagsatzung sichergestellte Mängel oder über solche behebbare Mängel, welche erst im Laufe des weiteren Verfahrens offenbar werden, sind unter Fristbestimmung die zu ihrer Behebung erforderlichen Anordnungen zu treffen und es ist nach Ablauf der Frist, bei unbehebbaren Mängeln aber sofort, gemäß § 7 die Nichtigkeit des Verfahrens durch Beschluss auszusprechen.

6. Die Zulassung der processunfähigen Partei oder eines nicht legitimierten Vertreters derselben ist dem Ermessen des Gerichtes anheimgegeben, welches zu beurtheilen hat, ob die Gefahr hiezu genügend ist. Die Frist kann unter den bei Anm. 3 angeführten Bedingungen verlängert werden. Der fruchtlose Ablauf derselben hat dieselben Folgen, wie die Nichtbehebung der Mängel nach Anm. 5.

§ 7. Wenn der Mangel der Processfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung oder der Ermächtigung zur Processführung nicht beseitigt werden kann, oder doch die hiezu gewährte Frist fruchtlos abgelaufen ist, hat das Gericht erster oder höherer Instanz, bei welchem die Rechtssache eben anhängig ist, die Nichtigkeit des von dem Mangel betroffenen Verfahrens durch Beschluss auszusprechen.

Dieser Ausspurch kann nicht erfolgen, wenn demselben in Ansehung des Grundes der Nichtigkeit eine von demselben oder von einem anderen inländischen Gerichte gefällte, noch bindende Entscheidung entgegensteht.

1. Die Rechtsfolge des Mangels der Processfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung oder der Ermächtigung zur Processführung ist die gleiche wie bisher: Die Nichtigkeit des von einem solchen Mangel betroffenen Verfahrens (Motive des Regierungsentwurfes, S. 193). Dieselbe ist von demjenigen Gerichte erster oder höherer Instanz, bei welchem die Rechtssache eben anhängig ist, und zwar bei Gerichtshöfen gemäß § 230 vom Senate auszusprechen

a) entweder sofort, wenn der Mangel nicht beseitigt werden kann,

b) nach fruchtlosem Ablauf der nach § 6 gesetzten Frist, wenn der Versuch, das Processverhältnis ordnungsmäßig zu constituieren, erfolglos geblieben ist. Die Unanfechtbarkeit des Auftrages zur Behebung des Mangels bringt es mit sich, dass dieser Auftrag mit dem Beschlusse auf Nichtigkeit des Verfahrens nicht derart verbunden werden kann, dass sofort für den Fall der Nichterfüllung des Auftrages in der gesetzten Frist auch die Nichtigkeit ausgesprochen wird, vielmehr wird letzterer Beschluss erst

Digitized by Google

nach Ablauf der Frist abgesondert zu erlassen sein. Derselbe kann mittels Recurses angefochten werden.

2. Die Nichtigkeit darf nicht ausgesprochen werden, wenn eine andere noch bindende Entscheidung in Ansehung des Grundes der Nichtigkeit entgegensteht, wenn also durch eine solche Entscheidung die in Frage gestellte Processfähigkeit gesetzliche Vertretung oder Ermächtigung zur Processfähigkeit anerkannt, beziehungsweise letztere nicht für nothwendig befunden worden ist.

Eine solche Entscheidung kann von demselben oder einem höheren Gerichte in derselben oder einer anderen Rechtssache, oder von einem anderen Gerichte in einer anderen Rechtssache gefällt worden sein. Die *ratio* dieser Bestimmung ist, dass Processfähigkeit, gesetzliche Vertretung, Processlegitimation Dinge sind, welche nicht für jeden Process anders beurtheilt werden dürfen, sondern dass wenigstens für alle zur selben Zeit anhängigen gerichtlichen Proceduren soweit als möglich eine einheitliche Entscheidung gelten soll.

Deshalb muss der über eine dieser Fragen ergangenen Entscheidung eines anderen Gerichtes dieselbe Bedeutung beigelegt werden, wie der Entscheidung eines höheren Gerichtes. Vorausgesetzt wird dabei, dass das Processgericht, sei es amtlich von der fraglichen bindenden Entscheidung Kenntnis hat oder durch die Anzeige eines Betheiligten davon erfährt (Motive des Ausschusses des Abgeordnetenhauses, S. 21).

3. Die Nichtigkeit darf ferner nicht ausgesprochen werden, wenn die Processunfähigkeit erst während des Processes eintritt oder die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters erst während des Processes aufhört. Wird die von dieser Veränderung betroffene Partei von einem Processbevollmächtigten vertreten, so ist der Mangel nicht zu berücksichtigen, andernfalls tritt nach § 158 eine Unterbrechung des Verfahrens ein.

§ 8. Soll wider eine processunfähige Partei, die eines gesetzlichen Vertreters entbehrt, eine Processhandlung vorgenommen werden, und wäre mit dem Verzuge für den Gegner der processunfähigen Partei Gefahr verbunden, so hat das Processgericht auf dessen Antrag für die processunfähige Partei einen Curator zu bestellen.

Der Curator hat für diese Partei bis zum Eintreten des gesetzlichen Vertreters am gerichtlichen Verfahren theilzunehmen und, wenn nöthig, die Bestellung des gesetzlichen Vertreters durch geeignete Anträge zu veranlassen.

1. Die Aufstellung eines einstweiligen processualen Vertreters muss durch die Processgesetzgebung für jene Fälle ermöglicht werden, in welchen die passiv auftretende Partei des

Digitized by Google

erforderlichen gesetzlichen Vertreters entbehrt und es vorerst an dem Beweise gebricht, dass der Beklagte ungeachtet der Processunfähigkeit physisch und geistig genügend geschäftsfähig ist, um ihn wenigstens interimistisch und in unpräjudicierlichen Beziehungen im Processe als Partei fungieren zu lassen. Der Kläger darf nicht durch eine Verzögerung bei der Bestellung des gesetzlichen Vertreters in der Betreibung des eingeleiteten Verfahrens aufgehalten werden und solche Verzögerung wäre unter derartigen Verhältnissen sehr zu besorgen. Durch die Bestimmung des § 8 über die Bestellung eines Curators werden die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes und der Processordnung nicht berührt, welche das Processgericht anweisen, den Curator für eine Partei nicht bloß einstweilen zur Verhütung einer am Verzuge liegenden Gefahr, sondern für die ganze Dauer eines Verfahrens zu bestellen (Motive der Regierungsvorlage, S. 194).

2. Das a. b. G. B. verordnet im § 276 die Bestellung eines Curators für Abwesende oder für die dem Gerichte zur Zeit noch unbekannten Theilnehmer an einem Geschäfte, wenn sie keinen ordentlichen Sachwalter zurückgelassen haben, ohne einen solchen aber ihre Rechte durch Verzug gefährdet oder die Rechte eines anderen in ihrem Gange gehemmt würden. In diesem Gesetze verfügt der § 116 die Bestellung eines Curators für Personen, an welche die Zustellung wegen unbekannten Aufenthaltes nicht erfolgen kann, wenn dieselben infolge der an sie zu bewirkenden Zustellung zur Wahrung ihrer Rechte eine Processhandlung vorzunehmen hätten; weiters § 121 über Antrag der Gegenpartei für Personen, welche sich außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes befinden, wenn die Bestätigung über die erfolgte Zustellung binnen einer angemessenen Zeit nicht einlangt; § 155 über Antrag der Gegenpartei für einen Verstorbenen im Sinne des § 811 a. b. G. B., wenn zu dessen Nachlass eine Erbserklärung noch nicht überreicht worden ist; endlich § 119 über Antrag der Gegenpartei für Exterritoriale und deren Hausgenossen, wenn an dieselben die Zustellung durch das Obersthofmarschallamt nicht bewirkt werden kann.

3. Die Bestimmung des § 8 ist nicht auf physische, processunfähige Parteien und nicht auf Inländer beschränkt; jede processunfähige Partei ist gemeint, vorausgesetzt, dass sie überhaupt nirgends einen gesetzlichen Vertreter hat; ist dieser aber abwesend oder unbekannt, so kann der Kläger die Bestellung eines Curators nicht beanspruchen. Der Geklagte ist zur Stellung eines solchen Antrages überhaupt nicht berechtigt.

Digitized by Google

Dass es sich bereits um die Einbringung einer Klage handle, ist nicht erforderlich; jede Processhandlung, auch die mit dem Beweise zum ewigen Gedächtnisse verbundene (§ 386, Abs. 3) berechtigt, bei Gefahr am Verzuge, zur Bestellung eines Curators. Ob eine solche Gefahr vorliegt, hat das Gericht, beziehungsweise der Vorsitzende des Senates zu entscheiden. Tritt die Processunfähigkeit oder der Mangel der gesetzlichen Vertretung erst während des Processes ein, so wird nach § 158 das Verfahren zwar unterbrochen, bei Gefahr am Verzuge kann aber auch in diesem Falle ein Curator bestellt werden.

§ 9. Die Entscheidung über einen im Sinne des § 8, Abs. 1 gestellten Antrag erfolgt durch Beschluss und, wenn der Antrag nicht bei einer mündlichen Verhandlung gestellt wurde, ohne vorhergehende mündliche Verhandlung Es können jedoch vor der Entscheidung alle zur Aufklärung erforderlichen Erhebungen eingeleitet werden.

Im Verfahren vor Gerichtshöfen hat über den Antrag, wenn derselbe nicht während einer mündlichen Verhandlung gestellt wird, der Vorsitzende des Senates zu entscheiden, dem die Rechtssache zugewiesen ist.

Das Gleiche gilt in allen anderen Fällen, in welchen nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes oder nach diesem Gesetze durch das Processgericht für eine Partei in bürgerlichen Streitsachen ein Curator zu bestellen ist.

Der Vorgang bei der Bestellung eines Curators durch das Processgericht ist für alle Fälle im § 9 einheitlich geregelt. Es wird nicht bloß für die Curatorsbestellung nach § 8, sondern für alle in Processfällen vorkommenden Curatorsbestellungen überhaupt ein thunlichst einfaches und formloses Verfahren in Vorschlag gebracht, wodurch einestheils das Bedürfnis nach Beschaffung eines Vertreters rasch befriedigt und anderntheils zugleich verhindert wird, dass die Curatorsbestellungen zu Complicationen und allzu erheblichen Unterbrechungen der Verhandlungen in der Hauptsache führen (Regierungsmotive, S. 194).

Eine mündliche Verhandlung darf nicht stattfinden, außer es ist der Antrag in der mündlichen Verhandlung gestellt worden.

Bei Gerichtshöfen entscheidet über den Antrag der Vorsitzende des Senates, wenn derselbe nicht in der mündlichen Verhandlung gestellt wurde.

Gegen dessen Entscheidung kann nach § 516 Abhilfe beim Senate gesucht werden.

Vor der Entscheidung können alle zur Aufklärung erforderlichen Erhebungen eingeleitet werden.

Digitized by Google

Es ist festzustellen, dass das neue Gesetz keine Erschwerung und Verzögerung gegenüber den bisher geltenden Normen, sondern eine Erleichterung und Beschleunigung bezweckt, dass daher Erhebungen nur dort eingeleitet werden können, wo auf Grund der thatsächlichen Anführungen und der dafür angebotenen Beweise (§ 76) die Curatorsbestellung nicht erfolgen kann.

Der Nachweis, dass die Gegenpartei gestorben ist und noch keine Erbserklärung zu deren Nachlass eingebracht worden ist, dass die Gegenpartei unbekannten Aufenthaltes oder unbekannt oder abwesend ist, oder eines gesetzlichen Vertreters entbehrt, dass die Zustellung an Exterritoriale durch das Obersthofmarschallamt nicht bewirkt werden konnte, wird auch nach dem neuen Gesetze nicht entbehrt werden können, und es wird zweckmäßig sein, wenn dieser Nachweis in der hergebrachten Form durch einen Todtenschein, durch das Amtszeugnis der Abhandlungsbehörde, durch das Zeugnis des Gemeindeamtes des letzten Wohnsitzes der abwesenden oder verschollenen Partei, durch das Amtszeugnis der Pflegschaftsbehörde oder die Bestätigung des Obersthofmarschallamtes von der antragstellenden Partei erbracht werde.

Fehlt es aber an diesem Nachweise, so wird der Processrichter, bei Gerichtshöfen der Vorsitzende des Senates, die entsprechenden Erhebungen durch Nachfrageschreiben an die betreffenden Behörden zu pflegen haben.

Der Entwurf vom Jahre 1881 enthielt im § 85 die Bestimmung, dass das Processgericht die Partei, für welche ein Curator bestellt wurde, falls ihm dieselbe bekannt ist, zu verständigen habe.

Dieser Vorgang ist zu empfehlen und dahin auszudehnen, dass auch die Pflegschaftsbehörde Pflegebefohlener, für welche ein Curator zu bestellen ist, von dieser Curatorsbestellung verständigt werde.

§ 10. Die Kosten, welche mit der Bestellung eines Curators verbunden sind, sowie die durch die Thätigkeit des Curators entstehenden Kosten hat die Partei, durch deren Processhandlung die Bestellung veranlasst wurde, unbeschadet eines ihr etwa zustehenden Ersatzanspruches zu bestreiten.

Die Vorschrift des § 10 über die Bestreitung der Kosten, welche mit der Curatorsbestellung verbunden sind oder durch die Thätigkeit des Curators entstehen, ist eine Consequenz des Grundsatzes, welchen § 40 in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte für die Berichtigung der Processkosten aufstellt (Regierungsmotive, S. 194).

Digitized by Google

Der Ersatzanspruch der Partei, welche diese Kosten bestritten hat, richtet sich im Processe nach den Vorschriften des fünften Titels über den Processkostenersatz.

Der Curator hat gemäß § 54 das Verzeichnis der Kosten sammt den zur Bescheinigung der Ansätze und Angaben dieses Verzeichnisses etwa erforderlichen Belegen rechtzeitig vorzulegen oder im Verfahren vor Bezirksgerichten zu Protokoll zu bringen und werden dieselben gleich einer anderen Kostenliquidation vom Gerichte ausgemessen.

Gegen die Bemessung ist der Recurs zulässig.

Zweiter Titel: **Streitgenossenschaft und Hauptintervention.**

§ 11. Ausser den in anderen Gesetzen besonders bezeichneten Fällen können mehrere Personen gemeinschaftlich klagen oder geklagt werden (Streitgenossen):

1. wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind;

2. wenn gleichartige, auf einem im wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreites bilden, und zugleich die Zuständigkeit des Gerichtes hinsichtlich jedes einzelnen Beklagten begründet ist.

1. Die in anderen Gesetzen besonders bezeichneten Fälle der Streitgenossenschaft sind folgende:

a) Der § 242 C. O. ordnet ein besonderes Verfahren über die Nichtigerklärung eines Zwangsausgleiches an, indem alle an dem Ausgleiche betheiligten Gläubiger wegen Theilnahme als Streitgenossen von der Klage verständigt werden.

Das auf Grund eines solchen Verfahrens ergangene Erkenntnis ist für alle am Ausgleiche Betheiligten bindend.

Die Führung mehrerer abgesonderter Processe über die Nichtigkeit des Ausgleiches mit rechtlicher Wirkung für die am Ausgleiche betheiligten, im Processe nicht vertretenen Personen ist nicht zulässig.

b) Nach § 124 C. O. haben Gläubiger, deren Forderungen bei der Liquidierungstagfahrt streitig geblieben sind, dieselben gegen diejenigen Personen geltend zu machen, welche sie bestritten haben.

Der Process ist gegen diese Personen als Streitgenossen zu führen.

Dieselben treten als Processpartei an die Stelle der Gläubigerschaft und es muss der Masseverwalter, wenn er an der Bestreitung theilgenommen hat, als Erstgeklagter genannt werden.

Digitized by Google

c) Nach Art. 194 H. G. B. ist der Aufsichtsrath einer Commanditgesellschaft auf Actien ermächtigt, gegen die persönlich haftenden Gesellschafter die Processe zu führen, welche die Generalversammlung beschließt. Nach Art. 195 H. G. B. werden die Commanditisten, wenn sie in Gesammtheit und im gemeinsamen Interesse gegen die persönlich haftenden Gesellschafter oder gegen die Mitglieder des Aufsichtsrathes einen Process zu führen haben, durch gewählte Bevollmächtigte vertreten.

In beiden Fällen ist jeder Commanditist befugt, als Intervenient in den Process einzutreten und genießt als solcher nach § 20 die Rechte eines Streitgenossen.

d) Dieselben Bestimmungen gelten nach Art. 226 auch für Actiengesellschaften und nach § 25 des Gesetzes vom 9. April 1873, Nr. 70 R.-G.-Bl. für Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

e) Nach dem Gesetze vom 24. April 1874, Nr. 48 R.-G.-Bl. ist für die Besitzer von Pfandbriefen einer Anstalt, welche unter staatlicher Aufsicht Pfandbriefe ausstellt, wenn ihre Rechte gefährdet erscheinen oder über Begehren desjenigen, dessen Rechte in ihrem Gange durch den Mangel einer Vertretung der Pfandbriefbesitzer gehemmt würden, ein gemeinsamer Curator zu bestellen.

Desgleichen ist nach dem Gesetze vom 24. April 1874, Nr. 49 R.-G.-Bl. für die jeweiligen Besitzer von Theilschuldverschreibungen, welche über eine Darlehensforderung auf Inhaber oder durch Indossament übertragbar ausgegeben wurden, ein gemeinsamer Curator in allen Fällen zu bestellen, in welchen die Rechte dieser Besitzer wegen des Mangels einer gemeinsamen Vertretung gefährdet oder die Rechte eines anderen in ihrem Gange gehemmt würden.

In Angelegenheiten, welche gemeinsame Rechte der Besitzer von Pfandbriefen oder von Theilschuldverschreibungen betreffen, können die einzelnen Besitzer ihre Rechte nicht selbständig geltend machen. Es bleibt ihnen jedoch unbenommen, in den vom gemeinsamen Curator geführten Processe als Intervenienten einzutreten und genießen sie als solche nach § 20 die Rechte eines Streitgenossen.

f) Nach Art. 51 des internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. October 1890, Nr. 186 R.-G.-Bl. f. 1892, sind im Falle des Rückgriffes sämmtliche betheiligte Bahnen mit einer Klage zu belangen, widrigens das Recht des Rückgriffes gegen die nicht belangten Bahnen erlischt.

Digitized by Google

g) Im Syndicatsprocesse sind nach § 9, Gesetzes vom 12. Juli 1872, Nr. 112 R.-G.-Bl. der Staat und der schuldtragende richterliche Beamte als Streitgenossen zu belangen.

2. Durch die Bestimmungen der §§ 187, 188 über die dem Gerichte jederzeit bei Erledigung der Klage und im Laufe des Verfahrens zustehende Befugnis der Verbindung oder Trennung mehrerer Ansprüche hat die Streitgenossenschaft im Sinne der alten Gerichtsordnungen ihre Bedeutung größtentheils verloren. Es entfällt auch die Bestimmung der kaiserlichen Verordnung vom 12. Mai 1852, Nr. 112 R.-G.-Bl. über die Ueberreichung der Klage in drei Parien und so vielen Rubriken, als Geklagte vorhanden sind, nachdem gemäß § 80 so viele gleichlautende Ausfertigungen der Klage zu überreichen sind, dass jedem der Gegner eine Ausfertigung zugestellt und überdies eine für die Gerichtsacten zurückbehalten werden kann.

Auch dem Zustellungsbevollmächtigten mehrerer Betheiligter sind so viele Exemplare des zuzustellenden Schriftstückes zu übergeben, als Betheiligte vorhanden sind. Hinsichtlich der Abschriften der Beilagen genügt jedoch die Zustellung je einer Abschrift jeder Beilage an den gemeinschaftlichen Zustellungsbevollmächtigten (§ 94).

Nur wenn mehrere Betheiligte einen gemeinschaftlichen Vertreter, d. h. gesetzlichen Vertreter oder Bevollmächtigten haben, genügt nach § 90 die Zustellung eines Schriftsatzexemplares.

Die Streitgenossen haben gemäß § 97 als Kläger in der Klage, als Geklagte bei Vornahme der ersten Processhandlung einen Zustellungsbevollmächtigten dem Gerichte namhaft zu machen, widrigens ihnen ein solcher auf ihre Gefahr und Kosten vom Gerichte bestellt wird, jedoch nicht von amtswegen, sondern erst über Antrag der Gegenpartei.

Die Belehrung der Parteien über diese Verpflichtung in Erledigung der Klage ist nach § 145 nicht vorgeschrieben, dürfte aber praktisch sein.

4. Mehrere Personen können gemeinschaftlich klagen oder geklagt werden. Darunter sind sowohl physische als juristische Personen zu verstehen. Mehrere gesetzliche Vertreter einer processunfähigen Partei sind nicht Streitgenossen, weil die Partei und nicht deren Vertreter in Frage kommen.

Dies gilt auch von der offenen Handelsgesellschaft nach Art. 111 H.G.B., die zur Vertretung berechtigten Gesellschafter sind nicht Streitgenossen, wenn die Handelsgesellschaft als solche klagend oder geklagt auftritt. Ist aber die Klage sowohl gegen die Gesellschaft als auch gegen die einzelnen Gesellschafter gerichtet, so ist eine Streitgenossenschaft vorhanden.

Digitized by Google

5. Die Streitgenossenschaft ist zulässig, wenn die mehreren Kläger oder Geklagten in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen, z. B. Solidarität, Untheilbarkeit des Objectes, Miteigenthum; doch ist es nicht nothwendig, dass dasselbe Recht hinsichtlich aller Betheiligten in Frage steht, es genügt vielmehr, wenn die mehreren gemeinsam rechtliche — wenngleich verschiedenartige — Beziehungen in Ansehung des Streitgegenstandes dem Gegner gegenüber haben. Es können der Eigenthümer und Nutznießer oder Pfandgläubiger einer Sache, der Eigenthümer und Besitzer einer Sache, der Erbe und der Legatar hinsichtlich eines Nachlassobjectes u. s. w. zusammen klagen oder geklagt werden. Nothwendig ist aber, dass das Verhältnis der Parteien denselben Streitgegenstand betrifft, und dass ihre Beziehungen zu demselben rechtliche sind (Wilmowski, S. 111).

Die Streitgenossenschaft ist weiter zulässig, wenn die mehreren Kläger oder Geklagten aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde (ex eadem causa) berechtigt oder verpflichtet sind, wenn die Ansprüche derselben oder gegen dieselben Personen genetisch zusammen hängen.

In beiden Fällen ist die Competenz jedes inländischen, sachlich zuständigen Gerichtes gemäß § 93 J. N. begründet, bei welchem einer der Streitgenossen oder bei Haupt- und Nebenverpflichteten, einer der Hauptverpflichteten seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Ein Causalgerichtsstand ist daher nicht zuständig, wenn die Rechtssache nicht überhaupt und betreffs aller Streitgenossen, vor das Causalgericht gehört (E. v. 22. Februar 1876, Z. 2096t Nr. 6041). Desgleichen findet die Streitgenossenschaft nichr statt, wenn gegen einzelne der Geklagten oder wegen einzelner der Ansprüche vor einem Causalgerichte oder in einem besonderen Verfahren geklagt werden muss.

6. Die Streitgenossenschaft ist aber nach Abs. 2 auch dann zulässig, wenn gleichartige Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreites bilden, in welchem Falle aber die Zuständigkeit hinsichtlich jedes einzelnen Geklagten begründet sein muss. Wie vortheilhaft es sein kann, auch bloß gleichartige Ansprüche gegen verschiedene Personen in einer Klage zu verbinden, ließ sich umsoweniger verkennen, als ausländische Processgesetzgebungen schon seit langem mit gleichen Rechtssätzen vorangegangen sind. Es muss nur dem gewehrt werden, dass mit Hilfe einer solchen Bestimmung in weiterem Umfange Klagen von dem durch den Wohnsitz des Beklagten bestimmten allgemeinen Gerichtsstande abgelenkt werden und dadurch den Verpflichteten die Last der Streiteinlassung vor einem entfernten Gerichte aufgebürdet wird. Man

Digitized by Google

braucht nicht erst besondere Ausnahmssituationen zu ersinnen, um die Besorgnis vor nachtheiliger Ausnützung dieser Befugnis zu illustrieren. Was durch die gesetzliche Beschränkung des Ratenhandels vereitelt werden soll, würde hier mittels der Bestimmungen über die Streitgenossenschaft leicht erreicht werden. Der Kaufmann, der am Sitze seines Geschäftes nur einen einzigen Schuldner hat, könnte — fußend auf den Vorschriften über den Gerichtsstand der Streitgenossenschaft — alle seine aus gleichartigen Geschäften ihm verpflichteten, wo immer wohnhaften Abnehmer beim Gerichte der Geschäftsniederlassung belangen (Regierungsmotive, S. 195).

Bei der Streitgenossenschaft nach Abs. 2 braucht der Grund nicht derselbe, sondern nur ein gleichartiger zu sein; dagegen müssen die Ansprüche selbst gleichartige sein, was für den zweiten Streitgenossenschaftsgrund des ersten Absatzes nicht vorgeschrieben ist.

Beispiele solcher gleichartiger Ansprüche aus einem gleichartigen Grunde sind die verschiedener Bauhandwerker aus einem Baue gegen den Bauunternehmer, von Versicherungsgesellschaften gegen die Versicherten, eines Kaufmannes gegen die Käufer seiner Waren.

Anspruch im Sinne der Civilprocessordnung bedeutet das subjective Privatrecht einer Person in seiner Geltendmachung gegen ein anderes Rechtssubject; u. zw. im weitesten Umfange, ohne Beschränkung in Betreff des Entstehungsgrundes der dinglichen oder persönlichen Rechte oder in Bezug auf vermögensrechtliches oder nichtvermögensrechtliches Verlangen, sowie ohne Beschränkung hinsichtlich des Zieles, einer Leistung, Handlung, Unterlassung, Duldung oder Anerkennung (Wilmowski, S. 237).

7. Die im § 188 dem Senate eingeräumte Befugnis, die Trennung der Verhandlung über mehrere in einer Klage vereinigte Ansprüche zu verfügen, wird bei Streitgenossenschaften bereits bei Erledigung der Klage zu berücksichtigen sein. Der mit der Erledigung der Klage betraute Richter (Vorsitzende des Senates) wird zu erwägen haben, ob die Streitgenossenschaft der mehreren Kläger oder Geklagten begründet und zulässig sei, endlich ob nicht die Trennung der Klage zweckmäßig erscheint.

Ergeben sich ihm in dieser Beziehung Bedenken, so wird er zunächst den Beschluss des Senates einholen, beziehungsweise als Einzelnrichter selbst entscheiden.

Erscheint die Streitgenossenschaft unbegründet oder unzulässig, so wird die Klage nicht ad separandum zurückzustellen, sondern zu trennen sein, in welchem Falle bei jeder passiven

Digitized by Google

Streitgenossenschaft — sowohl bei der nach Ziffer 1 als bei der nach Ziffer 2 — die Klage gegen diejenigen Geklagten, welche für ihre Person dem angerufenen Gerichtsstande nicht unterstehen, wegen Unzuständigkeit abzuweisen sein wird.

Gegen die Trennung ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen, gegen die Abweisung wegen Unzuständigkeit steht der Recurs zu.

Die hier entwickelte Verpflichtung des Vorsitzenden, resp. Einzelnrichters ist zwar im § 230 nicht vorgeschrieben, folgt aber aus der Natur der Sache, weil die Trennung der Verhandlung in jedem Stadium des Verfahrens zulässig ist, weil das Gericht jedenfalls auch die Einhaltung der Vorschriften des § 11 zu überwachen hat, und weil es eine unnöthige Verschwendung an Zeit und Kosten wäre, wenn eine mündliche Verhandlung zum Zwecke solcher Verfügungen angeordnet werden müsste, welche schon bei Erledigung der Klage nothwendig und zweckmäßig erscheinen.

§ 12. Soweit nicht die Beschaffenheit der eingegangenen Bürgschaft im Wege steht, können der Hauptschuldner und der Bürge gemeinschaftlich geklagt werden.

1. Die Belangung von Hauptschuldner und Bürgen als Streitgenossen besonders zuzulassen, dürfte, wenn nicht nothwendig, so doch zweckmäßig und vorsichtig sein, denn die im § 11 aufgestellten gesetzlichen Merkmale der Streitgenossenschaft müssen keineswegs in jedem Bürgschaftsfalle zutreffen, während in Bezug auf die gegen Hauptschuldner und Bürgen zu erhebenden Ansprüche die gemeinsame Klage und Verhandlung so ziemlich immer von Nutzen sein wird, wäre es auch kein anderer Nutzen als der, dass dem Gerichte der mit der Durchführung einer solchen Verhandlung verbundene Zeitaufwand erspart wird (Regierungsmotive, S. 195).

2. Die Streitgenossenschaft von Hauptschuldner und Bürgen ist unzulässig, wenn die Beschaffenheit der eingegangenen Bürgschaft im Wege steht, was nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes zu beurtheilen sein wird (§§ 1355, 1352 und 1348 a. b. G. B.). Abgesehen davon können Hauptschuldner und Bürgen gemeinschaftlich belangt werden, wenngleich die sonstigen gesetzlichen Merkmale der Streitgenossenschaft nicht zutreffen (Klein, Zeitschrift für deutschen Civilprocess, S. 33).

§ 13. Jeder der Streitgenossen ist dem Gegner gegenüber im Processe derart selbständig, dass die Handlungen oder Unterlassungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vortheile noch zum Nachtheile gereichen.

1. Die Streitgenossen treten infolge des Processes in kein besonderes Verhältnis zu einander; dass sie gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, ist ein Factum, welches rechtliche

Digitized by Google

Wirkungen unter ihnen nicht begründet. Materiell sind ihre Interessen unabhängig von einander, so dass jeder Streitgenosse so beurtheilt werden muss, als ob er allein mit seinem Gegner im Processe befangen wäre. Was der einzelne Streitgenosse thut und unterlässt, gereicht dem anderen weder zum Vortheile noch zum Nachtheile. Insofern allerdings die Handlungen eines Streitgenossen auf die Feststellung von Thatsachen von Einfluss sind und insofern diese Feststellung nicht an gesetzliche Regeln gebunden, sondern von der freien Ueberzeugung des Gerichtes abhängig ist, bilden diese Handlungen einen Theil des Materiales für die richterliche Ueberzeugung (Motive des Gesetzentwurfes für das deutsche Reich, S. 80). Die Streitgenossenschaft begründet daher keineswegs eine Einheit des Rechtsstreites, welche ungleichartige oder sich widersprechende Urtheile nicht duldet, sondern sie verbindet verschiedene selbständige Rechtsstreite nur äußerlich, von denen jeder seinen eigenen Weg geht; und so kann es denn recht wohl vorkommen, dass über gleichartige oder auf dem nämlichen Grunde beruhende Ansprüche infolge des verschiedenen Verhaltens der Streitgenossen ungleichartige und selbst widersprechende Entscheidungen erfolgen (O. L. G. Hamburg, 15. November 1884, Fuchsberger, S. 105).

Ob sie vom Anfang des Processes an oder erst infolge der Verbindung Streitgenossen sind, ist für diese Eigenschaft derselben sowie für das Recht des einzelnen, sich selbständiger Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu bedienen, ohne Belang (Oberstes L. G. f. Bayern, v. 13. April 1891; Fuchsberger, S. 56). Jeder Streitgenosse kann daher selbständig contumaciert werden, es kann die Klage gegen jeden einzelnen unter den gesetzlichen Voraussetzungen eingeschränkt, ausgedehnt oder zurückgenommen werden; jeder Streitgenosse kann für sich die Schriftsätze erstatten, Tagsatzungen erstreckt verlangen, Fristen werben u. s. w., nur gelten die einem Streitgenossen laufenden gesetzlichen und richterlichen Fristen nach § 127 für alle.

Da aber der Streitgenosse Partei ist, so kann er als Zeuge oder Sachverständiger nicht vernommen werden (§ 373), und wenn ein Zeuge die Aussage auf Grund seiner persönlichen Verhältnisse zu einem der Streitgenossen verweigert, so gilt dies für alle Streitgenossen. Beweise gelten für alle Streitgenossen, Verzichte, Anerkenntnisse, Vergleiche gelten nur für jenen Streitgenossen, von dem sie ausgehen, welche Wirkung aber derartige Dispositivacte oder widersprechende Erklärungen der Streitgenossen über thatsächliche Verhältnisse haben, ist vom Richter nach freier Ueberzeugung gemäß § 272 zu beurtheilen.

§ 14. Wenn die Wirkung des zu fällenden Urtheiles sich kraft der Beschaffenheit des streitigen Rechtsverhältnisses

Digitized by Google

oder kraft gesetzlicher Vorschrift auf sämmtliche Streitgenossen erstreckt, so bilden dieselben eine einheitliche Streitpartei. Sind einzelne Streitgenossen säumig, so erstreckt sich die Wirkung der Processhandlungen der thätigen Streitgenossen auch auf sie.

1. Die Fälle welche der § 14 vor Augen hat, wenn er von der Wirkung des Urtheiles auf sämmtliche Streitgenossen spricht, sind solche, welche gegenüber mehreren Personen nur einheitlich festgestellt werden können. So oft in einem Processverfahren unter den vorhandenen Parteien, wenn mehrere Streitgenossen betheiligt sind, über ein Rechtsverhältnis zu judicieren ist, dessen Gesammtbeurtheilung den einzelnen berührt, bleibt in Betreff derselben dieser auf dem Postulate identischer Logik und Ueberzeugung desselben Gerichtes beruhende Grundsatz maßgebend (Amelunxen, die s. g. nothwendige Streitgenossenschaft, S. 61 ff).

Kraft gesetzlicher Vorschritt steht in den bei § 11, Anm. 1 angeführten Fällen die Vertretung des streitigen Rechtsverhältnisses den Betheiligten überhaupt nicht oder doch nur in Verbindung als Streitgenossen zu. Processrechtlich vorgesehen ist weiter die nothwendige Streitgenossenschaft im § 310 der Executionsordnung für das Verhältnis mehrerer Gläubiger, welchen derselbe Anspruch überwiesen ist, zu dem Drittschuldner. Abgesehen von diesen Fällen ist die Frage nach einer nothwendigen Streitgenossenschaft nur aus dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Unbestritten gehören hierher die confessorischen oder negatorischen Klagen wegen einer Prädialservitut (Motive des Gesetzentwurfes für das deutsche Reich, S. 82), die Klage auf Theilung einer gemeinschaftlichen Sache (Reichsgericht zu Leipzig, XXII, S. 366), die Klage auf Zahlung einer Nachlasschuld vor Einantwortung der Erbschaft (E. v. 14. September 1888, Z. 6231, Nr. 8788), die Fälle des Miteigenthums an Sachen und Rechten, bzw. des Miterbrechtes, sofern es sich um die Feststellung des gemeinschaftlichen Rechtes und nicht um individuelle Rechte des Miteigenthümers oder Miterben handelt (Wilmowski, S. 114). Ueber diesen Kreis hinaus ist die Frage sehr strittig. Die Untheilbarkeit des Streitgegenstandes entscheidet allein nicht.

Die mehreren Vertreter einer processunfähigen Partei sind nicht Streitgenossen, daher um so weniger nothwendige Streitgenossen. Wird eine offene Handelsgesellschaft und werden außerdem noch einzelne oder alle Gesellschafter persönlich als Streitgenossen geklagt, so ist die Einheitlichkeit für die Frage, ob eine Gesellschaftsschuld vorliege, sachgemäß ebenfalls nothwendig (Reichsgericht zu Leipzig, XIII, S. 96); anders hinsichtlich der Fragen nach der Mithaftung mit Bezug auf die

Digitized by Google

Contrahierung der Schuld außerhalb der Zeit der Mitgliedschaft und anderer Sondereinwendungen (Wilmowski, S. 115). Die Solidarität begründet an sich nicht die Verpflichtung zur einheitlichen Feststellung, weil in der Person des einen Verpflichteten Einreden, welche ihn persönlich liberieren, begründet sein können, z. B. aus dem pactum de non petendo, und welche den anderen gegenüber nicht vorliegen. Aber auch abgesehen von der Möglichkeit derartiger Verschiedenarten ist die einheitliche Feststellung der Verpflichtung mehrerer Solidarschuldner weder gesetzlich vorgeschrieben noch innerlich nothwendig. Die Zahlung der Schuld hebt dieselbe zwar objectiv auf, sie ist materiell wirksam für sämmtliche Solidarschuldner. Daraus folgt abes keineswegs, dass die processualische Festsetzung des Bestander oder Nichtbestandes der Schuld nicht anders als gegen sämmtliche Solidarschuldner gleichartig erfolgen könne, und dass nicht gegen den einen Schuldner, welcher die befreiende Thatsache geltend macht, eine andere Entscheidung erfolgen könne als gegen denjenigen, welcher sie nicht geltend macht. Wie bei getrennter Processführung derartige verschiedene Resultate möglich sind und dem verklagten Schuldner keine Vertheidigung aufgedrungen wird, von welcher er keinen Gebrauch gemacht hat, so ist nicht einzusehen, weshalb dies bei der äußeren Vereinigung der Rechtsstreite im Wege der Streitgenossenschaft sich anders verhalten sollte (O. L G. Hamburg, 15. November 1884; Fuchsberger, S. 111).

2. Wenn das streitige Rechtsverhältnis nur eine einheitliche Feststellung zulässt, dann kommen die einzelnen Streitgenossen zunächst nur als Vertreter eines gemeinschaftlichen Verhältnisses in Betracht. Dann kann auch die processuale Selbständigkeit der Streitgenossen nur soweit bestehen, als sie mit dem privatrechtlichen Verhältnisse der Streitgenossen zu einander in Einklang gebracht werden kann, und es müssen infolge dessen die von den einzelnen Streitgenossen zum Vortheile der Gesammtheit vorgenommenen Handlungen auch den anderen Streitgenossen zum Vortheile gereichen, welche diese Handlungen nicht vorgenommen haben. Zur Berücksichtigung der eigenthümlichen Verhältnisse, welche sich unter jenen Voraussetzungen zwischen den Streitgenossen ergeben, war es bloß nöthig, gegenüber dem allgemeinen Grundsatze, dass die Handlungen der Streitgenossen sich nicht gegenseitig zum Vortheile gereichen können, die Bestimmung auszusprechen, dass die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten anzusehen sind. Wenn das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, ergeben sich auch aus widersprechenden Erklärungen

Digitized by Google

der Streitgenossen manche Schwierigkeiten. Sie werden jedoch im mündlichen Verfahren viel leichter beseitigt werden: soweit der Widerspruch auf Missverständnissen beruht, mit Hilfe einer geeigneten Processleitung; soweit er Folge divergierender thatsächlicher Angaben ist, dadurch, dass das Gericht alle nicht allgemein anerkannten thatsächlichen Angaben zum Gegenstande der Beweisführung macht. Bei der Würdigung einander entgegenstehender Anträge wird man sich von dem Grundsatze leiten lassen müssen, dass keiner der Streitgenossen für sich allein über das Gesammtinteresse zu disponieren berechtigt ist, wodurch die rechtliche Möglichkeit einer gegenseitigen Benachtheiligung ausgeschlossen erscheint (Regierungsmotive, S. 196).

3. Der Unterschied zwischen der nothwendigen und willkürlichen Streitgenossenschaft ist der, dass die Streitgenossen, insoweit sie als handelnd im Processe aufzutreten haben, nach § 14 in Beziehung auf Fristen und Tagsatzungen einander vertreten, dass daher nur gegen alle oder keinen von ihnen ein Versäumnisurtheil erlassen werden kann (§ 402). Sonst sind auch die nothwendigen Streitgenossen durchaus selbständig und von einander unabhängig, sowohl betreffs der Angriffs- als der Vertheidigungsmittel. Der säumige Streitgenosse muss alle während seiner Säumnis von den übrigen Streitgenossen vorgenommenen Processhandlungen, Erklärungen und Anträge, soweit sie ihre Wirkung in die Zukunft erstrecken, als von ihm selbst bewirkt, bei seinem etwaigen späteren Eintritt in den Process gegen sich gelten lassen und kann in gleicher Weise ihre Geltung für sich in Anspruch nehmen (Reichsgericht Leipzig, XVII, S. 359), mögen dieselben für den Vertretenen günstig oder ungünstig sein.

Reine Dispositivacte, welche nicht die Fortführung des Processes betreffen, sondern die gänzliche oder theilweise Beendigung des Processes herbeiführen: Vergleiche, Verzichte, Anerkenntnisse, Geständnisse, Zurücknahme von Klagen und Rechtsmitteln gelten nicht für die säumigen Streitgenossen, welche nur gegen die Folgen der Säumnis geschützt werden sollen (Wilmowski, S. 117).

4. Die nothwendigen Streitgenossen bilden eine einheitliche Streitpartei für alle Instanzen.

Wird ein Rechtsmittel nur von einzelnen Streitgenossen eingelegt, so erstreckt sich dessen Erfolg auch auf die anderen, selbst wenn der Berufungsantrag (§ 467) nicht zu Gunsten sämmtlicher Streitgenossen gestellt worden ist; denn die Voraussetzung der nothwendigen Streitgenossenschaft — einheitliche Fesstellung — gilt ebensowohl für die erste als für die höheren Instanzen. Das Urtheil erster oder höherer Instanz muss da-

Digitized by Google

her auch alle Streitgenossen umfassen, dieselben einzeln benennen, widrigens dasselbe gegen die nicht genannten nicht exequiert werden könnte.

§ 15. Das Recht zur Betreibung des Processes kann von jedem einzelnen der Streitgenossen ausgeübt werden.

Unter den in § 14 angegebenen Voraussetzungen sind zu jeder auf Antrag eines der Streitgenossen oder des Gegners anberaumten Tagsatzung ausser den sonst betheiligten Personen stets auch sämmtliche Streitgenossen, und zwar selbst dann zu laden, wenn eine frühere, in derselben Rechtssache abgehaltene Tagzatzung von ihnen versäumt wurde.

1. Zur Betreibung des Processes ist jeder Streitgenosse berechtigt. Diese Berechtigung könnte für den Fall, als das streitige Rechtsverhältnis nur eine einheitliche Feststellung zulässt, nicht bestritten werden; allein auch sonst dürfte es angemessen sein, dem Umstande, dass die Betreibung des Processes nicht von allen Genossen gemeinschaftlich oder gleichzeitig erfolgt, nicht die Wirkung beizulegen, dass deshalb eine Theilung des Verfahrens eintreten müsse (Regierungsmotive, S. 196).

Jeder Streitgenosse kann daher unabhängig von den anderen die nothwendigen oder zulässigen Processhandlungen selbständig vornehmen, Schriftsätze einbringen, Anträge stellen, Fristen werben, Rechtsmittel ergreifen u. s. w.

Sache des Gerichtes wird es sein, diese verschiedenen Processhandlungen zur Kenntnis der Gegner, gegebenen Falles auch der Streitgenossen zu bringen, dieselben vor Anordnung der mündlichen Verhandlung von den säumigen Streitgenossen abzuwarten und über alle nach Ablauf der hierzu gegebenen Frist die mündliche Verhandlung anzuordnen oder das sonst vom Gesetze Vorgeschriebene zu verfügen.

2. Die Vorschrift des zweiten Absatzes rechtfertigt sich aus der Würdigung einerseits der gemeinschaftlichen Interessen aller Streitgenossen, den Fortgang des Verfahrens im Auge zu behalten, und es sprechen anderseits die Vortheile für sie, welche die Rechtssprechung aus der activen Theilnahme der Streitgenossen an der Processführung zu ziehen vermag. Theoretisch vereint sie sich mit der Bestimmung des § 14 insofern, als letzterer der Gedanke an eine gewisse Präclusivität des passiven Verhaltens einzelner Streitgenossen vollkommen fremd ist, sie vielmehr völlig auf der Auffassung der einzelnen Streitgenossen als Vertreter eines gemeinschaftlichen Interesses beruht und es gerade von dieser Auffassung aus rationell erscheinen muss, solchen Vertretern die Gelegenheit zur Wahrnehmung des Gesammtinteresses auch dann offen zu

Digitized by Google

halten, wenn sie frühere ähnliche Gelegenheiten versäumt haben (Regierungsmotive, S. 196).

Auch die Einlegung eines Rechtsmittels muss, wenn auf Seiten des Gegners eine nothwendige Streitgenossenschaft besteht, allen Streitgenossen gegenüber erfolgen, die Berufung und Revision muss an sämmtliche Streitgenossen zugestellt und sie müssen alle zur Verhandlung geladen werden, widrigens dieselbe gegenüber allen Streitgenossen als einer durch die Nothwendigkeit der einheitlichen Feststellung des Rechtsverhältnisses gegebenen untrennbaren Gesammtheit als unzulässig zu verwerfen ist (Oberstes L. G. für Bayern, 30. November 1888; Fuchsberger Supplement, S. 61).

Das Recht zur Betreibung des Processes hat der einzelne Streitgenosse nach Absatz 2 bloß unter der Bedingung, dass er außer dem Gegner auch alle seine Streitgenossen geladen haben muss. Nach den Motiven enthält das Gesetz neben der Bestimmung, dass das Recht zur Betreibung des Processes jedem einzelnen Streitgenossen zusteht, eine Vorschrift über das Verfahren, welches der einzelne Streitgenosse zu beobachten hat, wenn er allein den Process betreiben will; er muss, wenn er den Gegner zu einen Termin ladet, auch die auf seiner Seite stehenden Streitgenossen laden. Diese Bestimmung gilt auch für die höheren Instanzen, sofern das Rechtsmittel von einem Streitgenossen eingelegt wird (Oberstes L. G. für Bayern, 15. November 1889; Fuchsberger Supplementband, S. 63).

§ 16. Wer die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt, kann bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreites beide Parteien gemeinschaftlich klagen (Hauptintervention).

1. § 16 betrifft die gewöhnlich sogenannte Hauptintervention. Die Anschauung, dass letztere nicht ein besonderer Fall der Betheiligung dritter Personen an einem fremden Rechtsstreite sei, sondern sich als Complex von mehreren selbständigen, und zwar von mindestens drei Processen darstelle, wurde schon öfters geäußert. Jedenfalls genügt die Gesetzgebung ihrer Aufgabe, wenn sie es demjenigen, welcher das zwischen anderen Personen streitige Recht für sich in Anspruch nimmt, gestattet, diesen Anspruch im Wege der Klage bei dem Processgerichte gleichzeitig gegen beide Parteien des anhängigen Rechtsstreites zu verfolgen, und wenn sie eine Verbindung der Verhandlung und Entscheidung über die hierdurch entstehenden Processe ermöglicht. Beides wird durch die Bestimmung des § 16 erreicht, ohne dass die Gesetzgebung erst zu einem besonderen neuen Begriffe Zuflucht nehmen und die

Digitized by Google

einzelnen Consequenzen dieses Begriffes besonders normieren müsste. Was das Interesse einer der drei betheiligten Personen verlangt, wird ihm durch die Behandlung derselben als Streitgenossen verschafft. Sie sichert ebensowohl das erforderliche Maß von Selbständigkeit, wie die der sachlichen Connexität entsprechende gegenseitige Abhängigkeit der Processe. Sofern aber ein Bedürfnis nach Hemmung des Vollzuges jenes Urtheiles besteht, welches in dem zwischen den ursprünglichen Parteien anhängigen Processe ergieng, wird dies durch die einschlägigen Vorschriften der Executionsordnung vollauf befriedigt (Regierungsmotive, S. 195). Im Falle der Hauptintervention kann gemäß § 190 das Verfahren im Hauptprocesse unterbrochen werden.

2. Die beiden Parteien des Hauptprocesses sind dem Intervenienten gegenüber als Streitgenossen zu betrachten. Ob sie als Streitgenossen nach § 13 oder § 14 gelten müssen, hängt von der materiellen Sachlage ab.

Sofern nicht bezüglich des Rechtsverhältnisses der beiden Parteien zu der Intervenientin die im § 14 enthaltenen Voraussetzungen der nothwendigen Streitgenossenschaft gegeben sind, wird nur angenommen werden können, dass dieselben nach Maßgabe des § 13 als einzelne der Intervenientin gegenüberstehen, so dass im Fortlaufe des Rechtsstreites die Sache jeder einzelnen Partei mit der Intervenientin erörtert und zum Gegenstande der Entscheidung gemacht werden kann.

Es kann nämlich die lediglich processualische Vorschrift des § 16, dass die Klage gegen beide Parteien zu richten ist, nicht die Bedeutung haben, dass nun auch die Grundsätze des § 14 mit ihren weitgreifenden Consequenzen auf die im Hauptprocesse ein widerstreitendes Interesse verfolgenden Parteien angewendet werden müssten (R. G. Leipzig, Fuchsberger, S. 114).

3. Die Hauptintervention setzt voraus, dass jemand die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt, also, wie es in den Motiven, S. 86 heißt, einen die Rechte der Hauptparteien auf den Streitgegenstand ausschließenden Anspruch verfolgt. Ist also z. B. das Eigenthum oder der Besitz einer Sache in Streit, so kann die Verfolgung eines dinglichen Rechtes an derselben, wie z. B. einer Servitut, eines Hypothekenrechtes im Wege der Hauptintervention nicht stattfinden (Reichsgericht Leipzig, XIV, S. 341).

4. Die Hauptintervention ist zulässig, sobald der Rechtsstreit anhängig, nach § 232 also, sobald die Klage dem Geklagten zugestellt, oder sobald der im Laufe des Processes

Digitized by Google

erhobene Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht worden ist.

Der Begriff der Rechtsanhängigkeit kann auf eine compensando eingewendete Gegenforderung nicht angewendet werden, weil die Einwendung der Compensation nicht zur Geltendmachung eines Anspruches, sondern zur Vertheidigung gegen einen Anspruch dient und gemäß § 411 erst die Entscheidung über den Bestand oder Nichtbestand einer solchen Gegenforderung von rechtlicher Bedeutung ist. Die Hauptintervention bleibt zulässig bis zur rechtskräftigen Entscheidung, bis das Urtheil durch ein Rechtsmittel nicht mehr anfechtbar ist. Vergleich und Zurücknahme der Klage stehen der rechtskräftigen Entscheidung gleich; Verzicht und Anerkenntnis erfordern ein Urtheil. Nach rechtskräftiger Entscheidung steht die Klage gemäß § 37 Exec.-Ordnung zu.

Dritter Titel: **Betheiligung Dritter am Rechtsstreite. Nebenintervention.**

§ 17. Wer ein rechtliches Interesse daran hat, dass in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Person obsiege, kann dieser Partei im Rechtsstreite beitreten (Nebenintervention).

Zu solchem Beitritte sind ferner alle Personen befugt, welchen durch gesetzliche Vorschriften die Berechtigung zur Nebenintervention eingeräumt ist.

1. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Nebenintervention erscheinen in Uebereinstimmung mit der deutschen Civilprocessordnung und den meisten früheren österreichischen Processordnungsentwürfen in der Art festgestellt, dass dabei das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses des Intervenienten am Obsiegen einer Partei in den Vordergrund gedrängt ist. Die Nebenintervention ist grundsätzlich Betheiligung an einem fremden Rechtsstreite, der den Intervenienten nur indirect durch die eventuelle Rückwirkung des ergehenden Urtheiles auf die eigene Rechtssphäre berührt (Regierungsmotive, S. 196).

Als rechtliches Interesse ist jedes Interesse aufzufassen, das nicht lediglich thatsächliche Vortheile und Nachtheile umfasst und im Gegensatze zu ausschließlichen intellectuellen, moralischen, Pietäts- und ähnlichen Interessen in den Rechtsverhältnissen des Intervenienten begründet ist. Es gehören hierher drei Möglichkeiten: die mögliche Wirkung der entschiedenen Sache im Verhältnis des Intervenienten und des Gegners der unterstützten Partei; die Möglichkeit, dass die Entscheidung in einem Separatprocess dieser beiden als Beweis-

Digitized by Google

grund gegen den Intervenienten benutzt werden kann; die Möglichkeit des Einflusses der Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Intervenienten zu der unterstützten Partei (O. L. G. Karlsruhe, 11. Juni 1886; Fuchsberger, S. 115). Ein solches Recht hat der Legatar im Processe über die Giltigkeit des Testamentes, im Processe, welchen der Erbe betreffs der legierten Sache mit einer dritten Person führt, die uneheliche Mutter im Vaterschaftsprocesse auf Grund des § 167 a. b. G. B. selbst dann, wenn von einer dritten Person die Beerdigungskosten des verstorbenen Kindes eingeklagt werden (E. d. O. G. H. v. 13. Jänner 1891, Z. 14824, Nr. 13562).

Sieht man von diesen Fällen ab, so bleiben nur jene Fälle übrig, in denen der Intervenient im Falle des Unterliegens des Interventen einer Gewährleistungs- oder Entschädigungsklage ausgesetzt ist (E. d. O. G. H. v. 25. März 1879, Z. 9733, Nr. 7392), also der Verkäufer oder sonstige Vormann gemäß § 931 a. b. G. B., der Obereigenthümer nach § 1137 a. b. G. B., der Cedent nach § 1397 a. b. G. B., der Pfandschuldner nach § 458, der Hauptschuldner von dem Bürgen nach § 1358 a. b. G. B., der Vormund in Processen aus den von ihm abgeschlossenen Geschäften des Mündels nach § 264 a. b. G. B., der Bevollmächtigte gemäß § 1017 a. b. G. B. u. s. w.

Dagegen kann ein Dritter nicht intervenieren beispielsweise weil die Partei, welcher er beitreten will, thatsächlich sein Schuldner, sein Wohlthäter, sein Verwandter, sein Vertragserblasser ist, oder weil der Verlust des Processes ihn aus ähnlichen Gründen thatsächlich mit materieller Schädigung bedroht (O. L. G. Braunschweig, 11. März 1881, Fuchsberger, S. 115).

2. Die im zweiten Absatze bezeichneten Fälle gehören zu denjenigen, in welchen es im Interesse des Nebenintervenienten gelegen ist, einer Processpartei nicht bloß zum Zwecke der Unterstützung, sondern zum Zwecke der Controle beizutreten und welche sich überdies durch die Eigenthümlichkeit auszeichnen, dass zugleich über das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zum Processgegner der Hauptpartei, welcher sich des Intervenient angeschlossen hat, entschieden wird (Motive der Regierungsvorlage vom Jahre 1881, S. 36).

Das Handelsgesetzbuch räumt in den Art. 194, 195 den Commanditisten, im Art. 226 den Actionären das Recht der Nebenintervention in den Processen des Aufsichtsrathes gegen die persönlich haftenden Gesellschafter oder gegen die Mitglieder des Aufsichtsrathes ein. Dasselbe Recht haben nach § 25 des Gesetzes vom 9. April 1873, Nr. 70 R.-G.-Bl., die

Digitized by Google

Mitglieder einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, nach den Gesetzen vom 24 April 1874, Nr. 48 u. 49 R.-G.-Bl., die Besitzer von Pfandbriefen oder von Theilschuldverschreibungen in den Processen des gemeinsamen Curators. Infolge der Textierung des ersten Absatzes könnte es zweifelhaft erscheinen, ob diese Bestimmungen aufrecht erhalten bleiben, da dieselben das Recht der Nebenintervention solchen Personen einräumen, welche nicht von der Processpartei, der sich die Intervenienten anzuschließen haben, verschieden, sondern als durch dieselbe vertreten anzusehen sind. Es war demnach geboten, ausdrücklich auszusprechen, dass die Zulässigkeit der Nebenintervention in Ansehung jener Personen nicht in Frage gezogen werden könne, denen ein besonderes Gesetz ausdrücklich gestattet, als Nebenintervenienten aufzutreten (Motive des Regierungsentwurfes v. Jahre 1881, S. 36).

3. Nach den alten Gerichtsordnungen war der Nebenintervenient vornehmlich Beweishelfer der Hauptpartei zum Zwecke der Beweisführung durch den Haupteid oder den Erfüllungseid. Nachdem gegenwärtig Haupteid und Erfüllungseid entfallen sind und an deren Stelle die Vernehmung der Parteien tritt, entfällt diese Function des Vertretungsleisters und hat derselbe lediglich zur Unterstützung und zur Controle der Hauptpartei mit oder gegen den Willen derselben an dem Processe theilzunehmen.

Er wird daher, außer den im § 20 angeführten Fällen nicht Streitgenosse, nicht Partei, sondern Gehilfe einer Processpartei. Er verfolgt nicht sein Recht, sondern unterstützt die Processpartei bei der Verfolgung ihres Rechtes. Geht man aber davon aus, dass der Nebenintervenient nur als ein Dritter zur Unterstützung der Processpartei, wenn auch aus eigenem Interesse in den Rechtsstreit eintritt, so steht begrifflich seiner Zulassung als Zeuge nichts entgegen (R. G. zu Leipzig, Fuchsberger Supplementband, S. 68).

§ 18. Die Nebenintervention kann in jeder Lage des Rechtsstreites bis zu dessen rechtskräftiger Entscheidung durch Zustellung eines Schriftsatzes an beide Parteien erfolgen. Der Intervenient hat das Interesse, welches er am Siege einer der Processparteien hat, bestimmt anzugeben.

Ueber den von einer der Processparteien gestellten Antrag auf Zurückweisung des Nebenintervenienten ist nach vorhergehender mündlicher Verhandlung zwischen dem Bestreitenden und dem Intervenienten durch Beschluss zu entscheiden. Hiedurch wird der Fortgang des Hauptverfahrens nicht gehemmt.

Solange dem Zurückweisungsantrage nicht rechtskräftig stattgegeben ist, muss der Intervenient dem Hauptverfahren

Digitized by Google

zugezogen werden und können Processhandlungen desselben nicht ausgeschlossen werden.

Die Entscheidung, durch welche die Nebenintervention für zulässig erklärt wird, kann nicht durch ein abgesondertes Rechtsmittel angefochten werden.

1. Da die Nebenintervention in jeder Lage des Processes bis zu dessen rechtskräftiger Entscheidung stattfinden kann, der Intervenient jedoch nach § 19 den Rechtsstreit in der Lage annehmen muss, in welcher sich derselbe zur Zeit seines Beitrittes befindet, so hat der Vertretungsleister auch das Recht, allein Rechtsmittel einzubringen, insoweit er dadurch nicht in Widerspruch geräth mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei. Ein solcher Widerspruch ist durch das bloße passive Verhalten der Hauptpartei nicht gegeben. Das Unterlassen der Einbringung von Rechtsmitteln von Seiten der Letzteren ist vielmehr recht eigentlich der Fall des selbständigen Vorgehens des Nebenintervenienten (R. G. zu Leipzig; Fuchsberger, S. 117).

Nachdem die Hauptpartei jederzeit von der Einlegung des Rechtsmittels Kenntnis erlangt, kann sie durch ihren Verzicht auf dasselbe ihren Widerspruch erheben, wo sodann die Berechtigung des Nebenintervenienten zur Anfechtung entfällt.

2. Die Nebenintervention erfolgt durch Einbringung eines Schriftsatzes, welcher vom Gerichte beiden Parteien, wenn auf einer oder beiden Seiten Streitgenossen sind, jedem einzelnen Streitgenossen zuzustellen ist und im Verfahren vor Gerichtshöfen von einem Advocaten gefertigt sein muss. Damit sind zugleich die allgemeinen Anordnungen über die Erfordernisse von Schriftsätzen (§§ 74 bis 86), sowie die Vorschriften über die Folgen von Mängeln und Versäumnissen, welche sich eine Partei in dieser Richtung zu Schulden kommen lässt, als auch für den Eintritt eines Nebenintervenienten giltig anerkannt. Obwohl es im Wesen schon in jenen allgemeinen Bestimmungen über die Schriftsätze enthalten ist (§ 76), hebt der Entwurf dennoch zur größeren Deutlichkeit hervor, dass der Intervenient das Interesse, welches er am Siege einer der Processparteien hat, in dem Schriftsatze bestimmt angeben, also zugleich entsprechend in die dieses Interesse begründenden Thatsachen auflösen müsse (Regierungsmotive, S. 197).

Jede Nebenintervention beginnt mit dem Zwischenstreite über ihre Zulässigkeit, mag derselbe nun wirklich contradictorisch verhandelt und entschieden werden, oder mag er durch ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung der Hauptparteien zu der Zulassung seine Erledigung finden.

Digitized by Google

Solange aber eine Zustellung des Interventionsschriftsatzes an eine Partei nicht erfolgte, ist der Zwischenstreit über die Zulässigkeit der Nebenintervention gegen sie nicht erhoben, und so lange für sie niemand aufgetreten ist, als der Nebenintervenient, also ihr Gegner in diesem Zwischenstreite, kann sie als in demselben gehörig vertreten nicht angesehen werden. Der Mangel der gehörigen Vertretung einer Partei ist aber von amtswegen zu berücksichtigen und es kann somit nicht in Betracht kommen, dass der Beklagte die nicht geschehene Zustellung an ihn nicht gerügt hat (O. L. G. Hamburg, 29. August 1885, Fuchsberger, S. 123).

Doch kann die Partei, welcher zugestellt werden soll, auf diese Zustellung ausdrücklich verzichten, was schon dadurch geschieht, dass sie den Interventionsschriftsatz als Zeichen ihrer Zustimmung mitfertigt.

3. Die richterliche Ingerenz zum Zwecke der Prüfung der Zulässigkeit der Nebenintervention wurde auf den Fall beschränkt, dass diese Zulässigkeit bestritten wird. Solange weder die Partei, welcher sich der Nebenintervenient anschließt, noch deren Gegner wegen des Auftretens des Nebenintervenienten Einwendungen erheben, dürfte ein Grund zum richterlichen Einschreiten nicht vorliegen. Das Gericht wird in Ausübung seiner Processleitungspflicht selbstverständlich dafür zu sorgen haben, dass durch die Intervention das Processverfahren nicht verzögert und die Sachverhaltsermittlung und Feststellung nicht erschwert und behindert werde (Regierungsmotive, S. 197).

Wenn es sich um die Vorfrage handelt, ob die Nebenintervention zuzulassen ist, so steht jeder der Parteien, auch der vom Intervenienten zu unterstützenden, ein Widerspruchsrecht gegen den Intervenienten zu, auf Grund dessen über die Zulassung der Nebenintervention im Wege eines Zwischenstreites contradictorisch zu verhandeln ist (O. L. G. Hamburg, 29. August 1885; Fuchsberger, S. 125). Eine Frist zur Einbringung des Antrages auf Zurückweisung der Nebenintervention ist im Gesetze nicht bestimmt. Der Antrag kann jedoch von einer Partei nicht mehr gestellt werden, welche die Zulassung bereits durch Erklärungen oder concludente Handlungen genehmigt hat (Wilmowski, S. 131).

Wird der Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention gestellt, so ist darüber eine Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung anzuordnen, zu welcher nur der Bestreitende und der Intervenient zu laden sind, weil nur zwischen diesen der Zwischenstreit stattfindet. Die Zustellung der Schriftsätze erfolgt nach § 25 durch den Vorsitzenden des Senates.

Digitized by Google

Gegen den geladenen, aber nicht erschienenen Nebenintervenienten können die Versäumnisfolgen nicht angewendet werden, wenn die von ihm zu vertretende Hauptpartei erscheint. Nach der rechtlichen Natur des Nebenintervenienten hat dieser im Falle seines Nichterscheinens als durch die erschienene Hauptpartei vertreten zu gelten (R. G. zu Leipzig; Fuchsberger, S. 124).

Nach geschlossener mündlicher Verhandlung ist durch Beschluss zu erkennen, wobei sich der Richter auf die Prüfung der Frage zu beschränken hat, ob die von der Hauptpartei bestrittene materielle Voraussetzung einer Nebenintervention vorliegt. Vor Verkündigung des Beschlusses sind die etwa nothwendigen Beweise abzuführen.

Der Beschluss ist gemäß § 426 zu verkünden und im Falle der Zurückweisung der Nebenintervention den Parteien in schriftlicher Ausfertigung zuzustellen, weil dagegen das Rechtsmittel des Recurses zulässig ist. Diese Zustellung wird an beide Parteien zu erfolgen haben, weil der Recurs auch der nicht im Streite befangenen Partei zusteht. Der Fortgang des Hauptverfahrens wird durch diesen Nebenstreit nicht gehemmt, doch kann nach § 190 eine Unterbrechung des Verfahrens beschlossen werden.

4. Wird die Vertretungsleistung zugelassen, so entfällt nach § 426 die schriftliche Ausfertigung des Beschlusses, weil gegen denselben ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zusteht, außer, wenn Kosten zugesprochen werden. Die Zulassung der Nebenintervention schadet an sich den Parteien in keiner Richtung. Die Betheiligung eines Nebenintervenienten enthebt den Richter nicht der Verpflichtung, auf eine rasche und gründliche Sachverhaltsermittlung zu dringen; ob und wie sich die Betheiligung des Intervenienten processual fühlbar macht, das hängt also von der Handhabung dieser Processleitung ab. Gegen die Irrthümer und gegen unangemessene Acte der Processleitung besitzen die Parteien selbständige Schutzmittel, die in gleicher Weise wie sonst auch anwendbar sind, wenn die Beschwerde in dem Verhalten des Processgerichtes gegenüber dem Nebenintervenienten ihren Grund hat. Unter diesen Umständen wäre es ein Ueberfluss, wenn der Partei, welche den Eintritt eines Intervenienten vergeblich bestritten hat, gegen die Entscheidung über ihren Zurückweisungsantrag ein selbständiges Rechtsmittel gewährt würde (Regierungsmotive, S. 197).

5. Der Nebenintervenient ist dem Hauptverfahren beizuziehen, solange der Zurückweisungsbeschluss nicht in Rechtskraft erwachsen ist und um so mehr, wenn er zur Vertretungsleistung zugelassen wurde. Diese Beiziehung erfolgt nach § 80

Digitized by Google

durch Zustellung einer für sonstige Betheiligte beizuschließenden Rubrik der Schriftsätze oder durch Ladung zur mündlichen Verhandlung. Ist der Vertretungsleister nicht geladen, so ist die Verhandlung zu vertagen.

Das Urtheil oder die schriftliche Ausfertigung von Beschlüssen wird dem Vertretungsleister nicht zugestellt, weil deren Zustellung nach § 414, 426 nur an die Parteien zu erfolgen hat. Ist eine der Hauptpartei gesetzte Nothfrist weder von ihr selbst noch auch von ihrem Nebenintervenienten benützt worden, so kann die nach dieser Fristversäumung ihr selbst nicht mehr zustehende Processhandlung auch nicht mehr durch eine andere, für sie handelnde Person und folglich auch nicht durch den Nebenintervenienten, wirksam nachgeholt werden (R. G. zu Leipzig; Fuchsberger, S. 120).

§ 19. Der Intervenient muss den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in welcher sich derselbe zur Zeit seines Beitrittes befindet. Er ist berechtigt, zur Unterstützung derjenigen Partei, an deren Sieg er ein rechtliches Interesse hat (Hauptpartei), Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend zu machen, Beweise anzubieten und alle sonstigen Processhandlungen vorzunehmen. Seine Processhandlungen sind insoweit für die Hauptpartei rechtlich wirksam, als sie nicht mit deren eigenen Processhandlungen im Widerspruche stehen.

Mit Einwilligung beider Processparteien kann der Intervenient auch an Stelle desjenigen, dem er beigetreten ist, in den Rechtsstreit als Partei eintreten.

1. Sinn der Bestimmung des § 19 ist, dass der Nebenintervenient sich nicht mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch setzen darf (R. G. zu Leipzig, 30. November 1883, Fuchsberger, S. 117). Sowohl nach dem Wortlaute des Gesetzes als auch nach der mit demselben völlig im Einklange stehenden Vorgeschichte desselben kann es nicht zweifelhaft erscheinen, dass lediglich ein widersprechendes Reden und Thun der Hauptpartei, nicht ein Unterlassen, die Wirksamkeit der Handlung des Intervenienten ausschließt. Der Intervenient ist daher zweifellos berechtigt, sowohl bei partieller als bei totaler Versäumnis der Hauptpartei kraft seines gesetzlichen Vertretungsrechtes für dieselbe zu handeln und die Folgen ihrer Versäumnis von ihr abzuwenden (O. L. G. Karlsruhe, 22. December 1882, Fuchsberger, S. 118).

Der Nebenintervenient hat aber in dem Rechtsstreite nicht für sich selbst zu handeln, sein eigenes Recht besteht nur darin, dass er in dem Umfange der ihm nach § 19 beigelegten Befugnisse für die Hauptpartei in Art eines Gehilfen oder Beistandes handeln darf. Daraus folgt, dass seine pro-

Digitized by Google

cessualischen Befugnisse niemals weiter reichen können, als die eigenen Befugnisse der Hauptpartei und insbesondere, dass, wenn und nachdem die Hauptpartei des Rechtes zur Vornahme einer Processhandlung bereits verlustig geworden ist, diese Handlung auch nicht mehr durch den Nebenintervenienten für sie vorgenommen werden kann. Bei der dem Nebenintervenienten zustehenden Befugnis, für die Hauptpartei alle Processhandlungen vorzunehmen, sofern er sich nur hiedurch nicht mit eigenen Processhandlungen derselben in Widerspruch setzt, befindet er sich auch in der Lage, eine der Hauptpartei gesetzte Frist bei eigener Unthätigkeit derselben dadurch für sie zu wahren, dass er die innerhalb der Frist vorzunehmende Processhandlung vor Ablauf derselben vornimmt; ist aber eine der Hauptpartei gesetzte Nothfrist weder von ihr selbst noch auch von ihrem Nebenintervenienten benutzt worden, so kann die nach dieser Fristversäumung ihr selbst nicht mehr zustehende Processhandlung auch nicht mehr durch eine andere, für sie handelnde Person und folglich auch nicht durch den Nebenintervenienten wirksam nachgeholt werden (R. G. zu Leipzig, 8. Juli 1887, Fuchsberger, S. 120). Demgemäß kann ein Nebenintervenient namentlich auch bei völliger Passivität der Hauptpartei im Falle totaler contumacia derselben, an ihrer Stelle wirksam verhandeln und auf solche Weise die Folgen ihrer Versäumnis abwenden (O. L. G. Jena, 19. Juni 1882, Fuchsberger, S. 116). Dem steht die Bestimmung des § 19 Schlussabsatz nicht entgegen, welcher nicht die Processführung für die Hauptpartei, sondern den Eintritt des Vertretungsleisters als Processpartei an Stelle der Hauptpartei im Sinne des § 23 von der Zustimmung beider Theile abhängig macht.

Dagegen entzieht ein Anerkenntnis des klägerischen Anspruches durch die Hauptpartei der Nebenintervention den Boden (R. G. zu Leipzig, 30. November 1883, Fuchsberger, S. 117).

2. Eine Nebenintervention ist nur zulässig, um der einen oder anderen Processpartei zu Hilfe zu kommen, und ein Nebenintervenient ist daher zur Sache selbst nur mit solchen Anträgen zu hören, welche sich darauf richten, dass zu Gunsten der von ihm unterstützten Partei erkannt werde (R. G. zu Leipzig, 19. Februar 1886, Fuchsberger, S. 116).

Nach der Stellung, welche die Civilprocessordnung dem Nebenintervenienten anweist, kann dieser mit lediglich in seiner eigenen Person gegebenen materiellen Vertheidigungsmitteln die Hauptpartei nicht unterstützen; er vermag nur dem ohne sein Dazwischentreten vorhandenen Rechte der Partei, welcher er beitrat, zum Siege zu verhelfen; er selbst ist nicht eigent-

Digitized by Google

liches Processsubject und hat lediglich den Zwecken der Hauptpartei aus deren Rechtszuständigkeiten heraus zu dienen (O. L. G. Hamburg, 22. Juni 1889, Fuchsberger, Supplementband, S. 65). Der Nebenintervenient kann daher solche Einreden, welche materiellrechtlich nur ihm, nicht dem unterstützten Beklagten zustehen, nicht vorbringen (R. G. zu Leipzig, 11. April 1888, Fuchsberger, Supplementsband, S. 65).

Aus dem Begriffe der Nebenintervention folgt ferner, dass der Nebenintervenient ein selbständiges Begehren um Zuerkennung eines Rechtes (Sachanträge) nicht stellen, eine Widerklage nicht erheben, die von der Partei gestellten Sachanträge nicht erweitern oder beschränken oder abändern darf, und dass gegen ihn selbständige Sachanträge oder eine Widerklage nicht zulässig sind. Das Urtheil ergeht, abgesehen von der Entscheidung über die Processkosten, nur gegen die Hauptpartei.

§ 20. Wenn das in einem Processe ergehende Urtheil kraft der Beschaffenheit des streitigen Rechtsverhältnisses oder kraft gesetzlicher Vorschrift auch in Bezug auf das Rechtsverhältnis des Intervenienten zum Gegner der Hauptpartei rechtlich wirksam ist, kommt dem Intervenienten die Stellung eines Streitgenossen zu (§ 14).

1. Wenn im Processe, an welchem sich der Intervenient betheiligen will, eine Entscheidung in Aussicht steht, die zugleich für das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zum Processgegner der Partei maßgebend ist, der sich der Intervenient angeschlossen hat, so bedarf letzterer einer über die gewöhnlichen Befugnisse des Intervenienten (§ 19) hinausgehenden selbständigen Stellung. Diese räumt ihm § 20 durch die Vorschrift ein, dass der Nebenintervenient in diesen Fällen als Streitgenosse der Partei zu behandeln sei, der er sich angeschlossen hat, und dass er daher in keiner Weise an die Processhandlungen der letzteren gebunden ist. Es wird daher hier auch nicht die allgemeine Regel zur Anwendung gelangen, dass der Nebenintervenient sich mit der unterstützenden Partei nicht in Widerspruch setzen dürfe. Ein sich ergebender Widerspruch wird vielmehr nach dem Grundsatze zu behandeln sein, dass die Streitgenossen sich nicht gegenseitig benachtheiligen können. Die Hinweisung auf die Bestimmung über die Streitgenossenschaft dürfte genügen, um sowohl die Erweiterung der Befugnis des Intervenienten, als auch die Begrenzung derselben zu präcisieren.

Hieraus ergibt sich insbesondere, dass der einem Streitgenossen gleichgestellte Intervenient nur solche Processhandlungen vornehmen darf, die in dem Processtadium, in welchem

Digitized by Google

er in den Rechtsstreit eintritt, überhaupt noch zulässig sind. Die Vorschrift des § 20 wird besonders häufig für die im § 17 Absatz 2 bezeichneten Fälle von Bedeutung sein (Regierungsmotive S. 197).

2. Der Nebenintervenient wird nicht schon als solcher wirklicher Streitgenosse derjenigen Hauptpartei, welcher er beigetreten ist, sondern nur beim Vorhandensein einer bestimmten Voraussetzung. Die Streitgenossenschaft ist bei ihm dadurch bedingt, dass durch die im Hauptprocesse zu erwartende Entscheidung auch das Verhältnis zwischen dem Gegner der betreffenden Hauptpartei und dem Nebenintervenienten nach materiellem Rechte rechtskräftig fixiert würde. Mit anderen Worten, es handelt sich um solche Fälle, in denen ungewöhnlicher Weise die Wirkung des Urtheils über die eigentlichen Parteien hinaus materiell-rechtlich sich auf einen Dritten erstreckt (R. G. zu Leipzig 29. März 1883, Fuchsberger, S. 121). Der Nebenintervenient als Streitgenosse wird nicht nur eine Rubrik, sondern ein vollständiges Exemplar jedes Schriftsatzes zu erhalten haben und ist die Hauptpartei gemäß § 98 dessen Zustellungsbevollmächtigter.

3. Der Nebenintervenient nach § 20 ist ein unzulässiger Zeuge. Es ist ein aus der Natur der Sache sich ergebender und anerkannter Grundsatz des Civilprocesses, dass als zulässige Zeugen nur dritte, von den Processparteien verschiedene Personen anzusehen sind, und dass den zeugnisunfähigen Parteien die gesetzlichen Vertreter derselben gleichstehen. Als Partei muss aber auch der Nebenintervenient des § 20 gelten, da derselbe ausnahmsweise Streitgenosse der unterstützten Hauptpartei wird (R. G. zu Leipzig, 26. Jänner 1891, Fuchsberger, Supplementband, S. 66).

Streitverkündigung.

§ 21. Wer behufs Begründung civilrechtlicher Wirkungen einen Dritten von einem Rechtsstreite zu benachrichtigen hat (Streitverkündigung), kann dies durch Zustellung eines Schriftsatzes bewirken, in welchem auch der Grund der Benachrichtigung anzugeben und die Lage des Rechtsstreites, falls derselbe bereits begonnen hat, kurz zu bezeichnen ist.

Mit einer solchen Benachrichtigung kann eine in den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes begründete Aufforderung zur Leistung der Vertretung im bereits anhängigen oder erst einzuleitenden Rechtsstreite (Nebenintervention) verbunden werden.

Die Streitverkündigung gibt der benachrichtigenden Partei nicht das Recht, die Unterbrechung des anhängigen Rechtsstreites.

Digitized by Google

die Erstreckung von Fristen oder die Verlegung einer zur Verhandlung bestimmten Tagsatzung zu begehren.

1. Die Streitverkündigung kann nach der Beschaffenheit des Falles in einer bloßen Benachrichtigung von dem Rechtsstreite bestehen oder mit einer Aufforderung zur Vertretungsleistung verbunden sein.

Die Berechtigung oder Verpflichtung zur Streitverkündigung ist nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes zu beurtheilen. Nach eben denselben Bestimmungen muss die Frage entschieden werden, ob die Streitverkündigung als eine so zeitige anzusehen sei, dass sie die beabsichtigten civilrechtlichen Wirkungen begründen könne. Das Processgesetz kann deshalb darüber schweigen, bis zu welchem Zeitpunkte die Streitverkündigung erfolgt sein müsse (Regierungsmotive, S. 198). Die Verpflichtung, die Vertretungsleitung zu begehren, ist als Verpflichtung zur Streitverkündigung anzusehen (Art. XXXI Einf.-Ges.).

Gemäß § 931 a. b. G.-B. ist die Streitverkündigung vorgeschrieben, wenn der Besitzer wegen eines von einem Dritten gemachten Anspruches von der Gewährleistung Gebrauch machen will, also in allen Fällen, in welchen bei dem Unterliegen der Processpartei ein Gewährleistungs- oder Entschädigungsanspruch geltend gemacht werden will. Der Gewährleistungspflichtige ist, wenn ihm nicht rechtzeitig der Streit verkündigt wurde, zu allen jenen Einwendungen berechtigt, welche er selbst dem Dritten hätte entgegensetzen können.

Nachdem die Streitverkündigung an keine Frist gebunden ist, sohin in jedem Stadium des Processes bis zu dessen rechtskräftiger Entscheidung erfolgen kann, der Regresspflichtige aber gemäß § 19 den Rechtsstreit in jener Lage annehmen muss, in welcher sich derselbe zur Zeit seines Beitrittes befindet, so wird in jedem einzelnen Falle die Rechtzeitigkeit der Streitverkündigung davon abhängen, ob der Regresspflichtige in der Lage war, diese seine Einwendungen im Processe geltend zu machen.

2. Die Streitverkündigung soll nur die dem Zwecke derselben entsprechenden Angaben und auch diese in möglichst knapper Fassung enthalten. Es scheint nicht nöthig, in dieser Beziehung über den Rahmen des § 21 hinausgehende Vorschriften zu ertheilen, da auch hier in den ergänzend eingreifenden §§ 74 ff. alle für die Beurtheilung des erwarteten Maßes der Ausführlichkeit wichtigen Kriterien gegeben sind (Regierungsmotive S. 198).

Digitized by Google

Die Streitverkündigung enthält nur eine gerichtliche Benachrichtigung über die Möglichkeit eines Anspruches des Streitverkündigers an den Streitverkündeten (Grund der Streitverkündigung) sowie über die Lage des Rechtsstreites, also auch von der Anberaumung eines Termins, nicht aber wird der Anspruch selbst geltend gemacht. Eine Ladung des Streitverkündeten erscheint umsomehr ausgeschlossen, als davon im § 21 keine Rede ist und die Ladung mit der dem Streitverkündeten gewährten Freiheit unvereinbar ist (R. G. zu Leipzig, 13. November 1883). Es bleibt dem Litisdenunciaten überlassen, ob er als Nebenintervenient dem Processe beitreten will (R. G. zu Leipzig, 3. November 1880, Fuchsberger S. 127).

3. Der Einfluss der Streitverkündigung auf den Gang des Processes muss nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden. Um darüber keine Zweifel übrig zu lassen, wird im Absatze 3 ausdrücklich ausgesprochen, dass die Streitverkündigung an sich weder den anhängigen Process unterbreche, noch einen Grund zur Fristverlängerung oder Tagsatzungserstreckung bilde. Keine der Parteien soll die Möglichkeit haben, mit Hilfe einer Streitverkündigung den sonst ihr unerreichbaren Processaufschub zu bewirken (Regierungsmotive, S. 198).

4. Wo der Schriftsatz einzubringen ist, wem derselbe außer dem Denunciaten zugestellt werden soll, bestimmt das Gesetz nicht.

Als eine Incidenz des Hauptprocesses wird der Schriftsatz bei dem in der Hauptsache zuständigen Gerichte anzubringen sein und es erscheint die Verständigung des Gegners im Hauptprocesse nicht erforderlich und auch nicht beabsichtigt, weil die betreffende Bestimmung der Civilprocessordnung für das deutsche Reich ausgelassen worden ist, weil die Streitverkündigung für den Gegner auch durchaus keine rechtliche Bedeutung hat. Die Zustellung erfolgt nach § 25 durch den Vorsitzenden.

5. Durch die Vorschrift des § 21 wird der Regressberechtigte nicht gezwungen, die Streitverkündigung mittels Schriftsatzes zu bewirken; er k a n n dies thun, es ist ihm aber nicht verwehrt, dem Regresspflichtigen, wenn er dies vorziehen sollte, den Streit außergerichtlich, mündlich, schriftlich, oder durch notarielle Beurkundung zu verkünden.

Benennung des Auctors.

§ 22. Wer als Besitzer einer Sache oder eines dinglichen Rechtes geklagt wird, sich aber in den Rechtsstreit nicht einlassen will, weil er im Namen eines Dritten zu besitzen be-

Digitized by Google

hauptet, hat diesen (Auctor) sogleich nach Zustellung der Klage aufzufordern, sich über sein Verhältnis zum Streitgegenstande oder zu dem in der Klage geltend gemachten Anspruch bei der vor dem Processgerichte anberaumten ersten Tagsatzung zu erklären.

Die Aufforderung an den Auctor und dessen Ladung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes, welcher die zur Begründung dieser Aufforderung erforderliche Mittheilung über den eingeleiteten Rechtsstreit zu enthalten hat. Eine Ausfertigung dieses Schriftsatzes ist dem Kläger noch vor der ersten Tagsatzung mitzutheilen.

1. Von der Benennung des Auctors handelt der § 375 a. b. G. B. Der Entwurf dehnt dieses Institut aus, indem er nicht bloß dem Sachinhaber, sondern auch jedem die nominatio auctoris gestattet, der im Namen eines Dritten eine Dienstbarkeit oder ein anderes dingliches Recht ausübt (Motive des Ausschusses des Abgeordnetenhauses, S. 22).

Die Benennung des rechten Besitzers ist eine von der Civilprocessordnung übernommene Einrichtung, welche sich als eine Rechtswohlthat für den Beklagten darstellt, indem sie diesen unter den geforderten Voraussetzungen der Verpflichtung zur Uebernahme der Vertheidigung enthebt und die Verpflichtung auf den benannten Auctor überträgt. Es ergab sich schon hieraus und erwies sich überdies als nothwendige Folge des von der Civilprocessordnung angenommenen Grundsatzes vom Processbetriebe der Parteien, dass dem Beklagten zur Pflicht gemacht wurde, diejenigen Schritte zu unternehmen, welche erforderlich sind, um jene Rechtswohlthat zu ermöglichen.

Darum hat der Beklagte nicht bloß seinen Auctor zu benennen, sondern selber dafür thätig zu werden, dass dieser anstatt seiner den Process übernehme oder doch sich darüber erkläre, ob er den Process übernehmen wolle oder nicht (R. G. zu Leipzig, 30. October 1888, Fuchsberger Supplementband, S. 70).

2. Die Berechtigung zur Herbeiführung der mit der Auctorbenennung verbundenen Folgen wurde von der bloßen Behauptung eines bestimmten Verhältnisses abhängig gemacht (§ 22, Abs. 1), weil sonst jede Auctorbenennung zu einer doppelten Verhandlung führen und dies das Verfahren über alle Maßen schwerfällig machen müsste (Regierungsmotive, S. 198).

Der Geklagte hat den Auctor zur Erklärung über sein Verhältnis zum Streitgegenstande oder zu dem in der Klage geltend gemachten Anspruche durch Einbringung eines Schrift-

Digitized by Google

satzes aufzufordern, welcher den im § 74 ff. angeführten allgemeinen Erfordernissen entsprechen uud außerdem die zur Begründung dieser Aufforderung erforderliche Mittheilung über den eingeleiteten Rechtsstreit, also einen Auszug der Klagsanführungen und das Klagsbegehren enthalten muss.

Dieser Schriftsatz ist **sogleich** nach Zustellung der Klage, jedenfalls sobald als möglich einzubringen, damit er dem Auctor und dem Kläger noch vor der über die Klage anberaumten ersten Tagsatzung zugestellt werden kann.

Ueber denselben ist der Auctor nach § 25 von dem Vorsitzenden des Senates ohne dessen vorgängige Beschlussfassung zu laden und der Kläger zu verständigen.

3. Die Erklärung des Auctors wurde auf die erste Tagsatzung verlegt, um eine Unterbrechung der einmal begonnenen Processhandlung hintanzuhalten. Bei der Zulassung eines späteren Zurückgreifens auf die Auctorsbenennung würde einestheils die Urtheilsschöpfung selbst hinausgeschoben, und anderntheils wäre für den Fall, als die Auctorsbenennung zum Eintritt des Auctors in den Process führt, die bis dahin auf die Verhandlung gewendete Mühe ganz nutzlos aufgebraucht (Regierungsmotive, S. 198).

§ 23. Erkennt der Auctor bei der Tagsatzung das vom Beklagten behauptete Verhältnis an, so kann er mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle als Partei in den Rechtsstreit eintreten. Die Zustimmung des Klägers ist hiezu nur insoweit erforderlich, als derselbe Ansprüche geltend macht, welche durch das zwischen dem Auctor und dem Beklagten bestehende Vertretungsverhältnis nicht berührt werden.

Infolge der Uebernahme des Processes durch den Auctor ist der Beklagte auf seinen Antrag durch Beschluss des Processgerichtes von der Klage zu entbinden (§ 241). Kommt hingegen bei der ersten Tagsatzung eine Einigung wegen der Uebernahme des Processes durch den Auctor nicht zustande, so kann der Beklagte die Einlassung in den Rechtsstreit nicht weiter verweigern.

1. Die Verhandlung hat sich darauf zu beschränken, ob der Auctor das vom Beklagten behauptete Verhältnis anerkennt.

Wenn der Auctor die Behauptung des Beklagten, dass er nur im Namen des Auctors besitze, als richtig anerkennt, so ist ein Doppeltes möglich:

Entweder tritt er in den Process an Stelle des Beklagten ein, oder er thut dies nicht.

Erklärt er sich zur Uebernahme des Processes nicht bereit, oder verweigert der Beklagte seine Zustimmung, so kann der Beklagte keineswegs sich durch Befriedigung des Anspruches

Digitized by Google

des Klägers von der Klage befreien, sondern der Process wird zwischen den ursprünglichen Parteien, eventuell unter Beitritt des Auctors als freiwilligen Vertretungsleisters fortgesetzt.

Der Beklagte soll nur dann berechtigt sein, dem Klageanspruch zu genügen, wenn der Benannte durch sein Verhalten gemäß § 24 ausdrückt, dass er kein Interesse zur Sache habe. Dadurch aber, dass der Benannte zugesteht, Beklagter besitze in seinem Namen, gibt er noch nicht zu erkennen, dass er an der Fortsetzung des Rechtsstreites kein Interesse habe; er kann demselben vielmehr als Nebenintervenient beitreten wollen, auch sind Fälle denkbar, in denen der im Namen eines Dritten besitzende Beklagte zur Fortsetzung des Processes dem Dritten gegenüber geradezu verpflichtet ist (Wilmowski, S. 144).

Will der Auctor den Process an Stelle des Beklagten, also als Partei, übernehmen und ist der Beklagte damit einverstanden, so ist letzterer durch Beschluss des die erste Tagsatzung leitenden Richters auf Antrag in der Tagsatzung von der Klage zu entbinden. Ein Widerspruch des Klägers ist nur insofern und insoweit von Erfolg, wenn er zugleich Ansprüche geltend macht, welche der Beklagte nicht als Besitzer der Sache oder des Rechtes, sondern persönlich, z. B. als Schadenersatz gewähren soll.

In diesem Falle ist der Beklagte von der Klage nur betreffs der gegen ihn als Besitzer der Sache geltend gemachten Ansprüche zu entbinden und betreffs der persönlichen Ansprüche wird der Process gegen ihn fortgesetzt.

Der Process wegen der gegen den Besitzer der Sache geltend gemachten Ansprüche wird gegen den Auctor fortgesetzt; die Entscheidung ist aber auch gegen den ursprünglich Geklagten wirksam und vollstreckbar, daher auch diesem zuzustellen.

2. Der Beklagte kann keineswegs eine Verhandlung und richterliche Entscheidung über das zwischen ihm und dem benannten Auctor bestehende Rechtsverhältnis begehren und noch weniger eine Feststellung der etwaigen Pflicht des benannten Auctors zur Uebernahme des Processes. Sofern ihm nach dieser Richtung die Klage zu Einwendungen Anlass gibt, welche die Passivlegitimation des Beklagten in Frage stellen, gehören sie in die Verhandlung zur Hauptsache.

In dieser wird es immerhin möglich sein, dass wie sonst über einen einzelnen der zur Begründung eines Anspruches gehörigen Umstände, so auch über die Frage der Sachlegitimation vorab verhandelt werde. Sofern aber die Passivlegitimation von der Auctorbenennung nicht berührt wird, geht diese den Kläger überhaupt nichts an und es muss daher die Verfolgung seines An-

Digitized by Google

spruches von dieser Nebenfrage fortan frei gehalten werden. Besondere Bestimmungen über die Schritte, die der Kläger vorzunehmen hat, wenn seine Klage nicht gegen den richtigen Gegner angebracht erscheint, sind überflüssig. Soweit die Klage verfehlt ist, wird sie zurückzunehmen sein, sonst muss sie abgewiesen werden. Ob ersterenfalls eine neue Klage gegen den benannten Auctor zu überreichen und ob dieser als der richtige Gegner anzusehen sei, wird der Kläger zu prüfen haben (Regierungsmotive, S. 198).

3. Dem Kläger gegenüber ist die Benennung des Auctors eine Einwendung. Wird der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage entbunden, so hat er mit dieser Einwendung obsiegt, und der Kläger hat ihm nach § 41 die Kosten zu bezahlen.

§ 24. Erscheint der Auctor trotz gehöriger Ladung bei der anberaumten ersten Tagsatzung nicht, bestreitet er die Behauptung des Beklagten oder erklärt er sich bei der Tagsatzung überhaupt nicht, so ist der Beklagte berechtigt, sich durch Befriedigung des Anspruches des Klägers von der Klage zu befreien.

Inwiefern dem Auctor hieraus ein Anspruch auf Schadenersatz erwächst, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen.

1. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass der Auctor, wenn der Process gegen den ursprünglichen Beklagten fortgesetzt wird, sich demselben als Nebenintervenient anschließen kann. Viel weniger sicher ist es dagegen, ob der Beklagte, der selbst durch die Auctorsbenennung den Rechtsstreit als einen ihn nicht berührenden bezeichnete, dennoch als befugt anzusehen sei, dem klägerischen Anspruche zu genügen. Es wird dies deshalb im § 24 besonders anerkannt.

Die Auctorsbenennung soll die formelle Legitimation des Beklagten zur Submittierung in das Klagebegehren und zur Anspruchsbefriedigung nicht zerstören; ungeachtet der Auctorsbenennung soll der Beklagte formell legitimiert sein, den Process hiedurch zum Abschluss zu bringen. Inwiefern er damit dem benannten Auctor gegenüber eine Haftung auf sich nimmt, ist nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse unter Zugrundelegung der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurtheilen (Regierungsmotive, S. 199).

Befriedigt der Beklagte den Anspruch des Klägers, so befreit er sich dadurch von der Klage; es kann daher gegen ihn in diesem Falle ein Urtheil nicht gefällt werden, wohl aber, wenn er den Anspruch nur anerkennt.

§ 25. Die Zustellung der in den §§ 18, 21 und 22 bezeichneten Schriftsätze wird vom Vorsitzenden ohne vorgängige Beschlussfassung des Senates verfügt.

Digitized by Google

Vierter Titel: **Bevollmächtigte.**

§ 26. Die Parteien können, sofern in diesem Gesetze nicht etwas anderes bestimmt ist, Processhandlungen entweder in Person oder durch Bevollmächtigte vornehmen.

Die Vertretung durch einen Bevollmächtigten schließt auch in jenen Fällen, in welchen die Vertretung durch Advocaten geboten ist, nicht aus, dass die Partei in Begleitung ihres Bevollmächtigten vor Gericht erscheint und daselbst neben diesem mündliche Erklärungen abgibt.

1. Die Parteien, also auch die gesetzlichen Vertreter und die Nebenintervenienten, können Processhandlungen, sofern die Vorschriften des § 27 über den Anwaltszwang nicht zur Anwendung kommen, entweder persönlich oder durch Bevollmächtige vornehmen. Die allgemeinen Erfordernisse eines Bevollmächtigten werden durch § 29 festgesetzt. Außerdem muss der Bevollmächtigte einer verständlichen Aeußerung über den Gegenstand des Rechtsstreites fähig (§ 185) und eine von der durch ihn vertretenen Partei und von der Gegenpartei, deren gesetzlichen Vertreter oder Bevollmächtigten verschiedene physische Person sein.

2. Processhandlungen sind alle diejenigen Handlungen der Parteien und ihrer Vertreter oder Bevollmächtigten, welche nach der Civilprocessordnung zur Durchführung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor Gericht vorgeschrieben oder zulässig sind, mögen sie in der mündlichen Verhandlung oder außerhalb derselben in Schriftsätzen oder vor einem ersuchten oder beauftragten Richter erfolgen. Vergleiche, Anerkenntnisse und Verzichtleistungen gehören nicht zu den Processhandlungen (§ 31).

3. Die Vertretung durch einen Bevollmächtigten hindert die Partei nicht, persönlich vor Gericht zu erscheinen und daselbst Erklärungen abzugeben. Sie ist daher nicht zur Vornahme aller Processhandlungen, insbesondere nicht zur Stellung von Anträgen, sondern nur zu jenen Processhandlungen berechtigt, welche als Dispositivacte, Geständnisse und thatsächliche Erklärungen des § 34, thatsächliche Vorbringungen des § 177, Erklärungen über die thatsächlichen Angaben des Gegners und rechtliche Erörterungen erscheinen.

§ 27. Vor den Gerichtshöfen erster Instanz und vor allen Gerichten höherer Instanz müssen sich die Parteien durch Advocaten vertreten lassen (Anwaltsprocess).

Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf das Verfahren erster Instanz in Ehesachen und, soweit dieses Gesetz nicht etwas anderes bestimmt, auch nicht auf diejenigen Process-

Digitized by Google

handlungen, welche vor einem ersuchten oder beauftragten Richter, vor dem Gerichtsvorsteher oder Vorsitzenden eines Senates vorgenommen werden; sie gilt auch nicht für die in der Gerichtskanzlei vorzunehmenden Erklärungen und Handlungen.

Die Vertretungsbefugnis der Finanzprocuratur bleibt auch in den Fällen, in welchen die Vertretung der Parteien durch Advocaten geboten ist, unberührt.

1. Der sogenannte Anwaltszwang beruht auf der Vorschrift des § 27. Es wird allgemein anerkannt, dass diese Vorschrift sich nicht bloß auf die mündliche Verhandlung des Rechtsstreites, sondern auch auf sämmtliche Schriftsätze bezieht (R. G. Leipzig, Fuchsberger, S. 136). Im Anwaltsprocesse, müssen alle Schriftsätze gemäß § 75 mit der Unterschrift eines Advocaten versehen sein. Die erste Ladung zur mündlichen Verhandlung muss nach § 131 insbesondere auch die Aufforderung enthalten, rechtzeitig einen Advocaten als Vertreter zu bestellen. Im Anwaltsprocesse überreichte Klage- oder Klagebeantwortungsschriften, welche den Nachweis der Bestellung eines Advocaten nicht enthalten, sind nach § 37 zurückzuweisen, wenn die Partei nicht innerhalb einer unerstreckbaren Frist die Vollmacht eines Advocaten nachweist. Der Anwaltszwang gilt für das Verfahren in erster und in höherer Instanz, einschließlich des Beschwerdeverfahrens (§§ 463, 513), für die Berufungsschrift (§§ 467, 468), Revisionsschrift (§§ 506, 507), den schriftlichen Recurs (§ 520).

2. Die objectiven Ausnahmen vom Advocatenzwange wurden im § 27, Abs. 2 nur insoweit festgestellt, als sie allgemeiner Natur sind. Einige diesen Gegenstand betreffende Detailbestimmungen sind in den vom Armenrechte und vom Zeugenbeweise handelnden Titeln, dann im Abschnitte vom Recurse u. s. w. enthalten (Regierungsmotive, S. 200).

Die Vertretung durch Advocaten ist auch im Verfahren vor Gerichtshöfen nicht erforderlich:

a) in Ehesachen in erster Instanz,

b) bei Processhandlungen vor einem anderen Gerichte, welches vom Processgerichte zur Vornahme einzelner Processhandlungen requiriert wird (ersuchter Richter);

c) bei Processhandlungen vor einem Mitgliede des Processgerichtes, welches mit der Vornahme einzelner Processhandlungen betraut ist (beauftragter Richter), mit Ausnahme des vorbereitenden Verfahrens nach § 248;

d) bei Processhandlungen vor dem Gerichtsvorsteher;

e) bei Processhandlungen vor dem Vorsitzenden des Senates;

f) bei Processhandlungen in der Gerichtskanzlei;

Digitized by Google

g) bei den Verhandlungen wegen Ertheilung, Erlöschung und Entziehung des Armenrechtes (§ 72);
h) zum Recurse gegen die Enthebung des Armenvertreters (Art. XXXIII E. G.);
i) bei den Verhandlungen über die Rechtmäßigkeit der Zeugnisverweigerung (§ 324) oder der Weigerung des Sachverständigen (§ 367);
k) bei protokollarischer Erhebung der Berufung (§ 465), des Recurses (§ 520), der Recurse von Zeugen und Sachverständigen (§§ 348, 367);
l) bei dem Antrage auf gerichtliche Bestellung eines Schiedsrichters (§ 582);
m) bei Verhandlungen im Besitzstörungs- und Bagatellverfahren vor dem Gerichtshofe (Art. XIV E. G. z. J. N.);
n) bei Frist- und Vertagungsgesuchen nach § 73, wenn die Bestellung des Advocaten nicht rechtzeitig erfolgt ist.

Zweifelhaft ist es, ob bei der ersten Tagsatzung im Verfahren vor Gerichtshöfen (§ 239) Anwaltszwang gilt. Dieselbe ist zur Erledigung der Streitsache durch Contumaz, Anerkenntnis oder Vergleich, zur Anmeldung der Einreden der Unzulässigkeit des Rechtsweges, Unzuständigkeit, Streitanhängigkeit, entschiedenen Streitsache, zur Erklärung des benannten Auctors, wie auch zum Begehren um Sicherheitsleistung für die Processkosten bestimmt und findet vor dem Vorsitzenden des Senates oder vor einem beauftragten Richter statt.

Dr. Friedländer (Gerichtszeitung 1896, Nr. 16) findet die Voraussetzungen für den Anwaltszwang nicht gegeben, weil die erste Tagsatzung nicht gleich dem vorbereitenden Verfahren (§ 248, Abs. 2) ausdrücklich dem Anwaltszwange unterstellt ist. Dr. Schauer (Civilprocessordnung, Manz 1896) gelangt auf Grund der Bestimmungen der §§ 133, Abs. 3, 239 und § 73, Abs. 2 zu dem gegentheiligen Schlusse. Dr. Klein dagegen (Zeitschrift für deutschen Civilprocess, XIX, S. 51) erklärt, es finde bei der ersten Tagsatzung nur theilweise Anwaltszwang statt. Es wird daher zu unterscheiden sein, ob die Partei bei der ersten Tagsatzung Processhandlungen (§ 26, Anm. 2) vornehmen will, oder ob sie nur einen Vergleich abschließen, den Klageanspruch anerkennen oder sich ihre meritalen Einwendungen für die Verhandlung der Streitsache vorbehalten, also einem Urtheile über Versäumnis vorbeugen will. Für diese Dispositivacte ist in der ersten Tagsatzung der Beistand eines Advocaten entbehrlich, während für alle in der ersten Tagsatzung zulässigen Processhandlungen die Jntervention eines Advocaten zu verlangen, die Partei daher unter Präclusions-

Digitized by Google

folgen von der Vornahme derselben auszuschließen sein wird, wenn sie ohne Advocaten erscheint.

3. Für alle vom Anwaltszwange ausgenommenen Acte des Gerichtshofsverfahrens gilt aber die Vorschrift des § 29, wonach in Sachen, deren Wert 500 fl. übersteigt, die Partei nur durch einen Advocaten vertreten werden kann, wenn sie sich nicht selbst vertreten will. Gemeine Bevollmächtigte werden daher zurückzuweisen, beziehungsweise die durch sie vertretene Partei wird als säumig anzusehen sein, was insbesondere auch für die erste Tagsatzung gilt (Friedländer, Gerichtszeitung, 1896, Nr. 16).

§ 28. Advocaten, Notare, sowie die zur Ausübung des Richteramtes befähigten und bei Gericht angestellten Personen bedürfen, wenn sie in einem Rechtsstreite als Partei einschreiten, weder in der ersten noch in einer höheren Instanz der Vertretung durch einen Advocaten.

Wird gegen eine solche Partei während der Dauer des Processes die Disciplinarstrafe der Streichung von der Advocatenliste, der Entsetzung vom Amte, der Versetzung in den Ruhestand oder der Dienstentlassung verhängt, so ist von ihr für das weitere Verfahren, sofern in demselben die Vertretung durch Advocaten geboten ist, ein Advocat zu bestellen. Eine Unterbrechung des Verfahrens findet deshalb nicht statt.

1. Die subjectiven Befreiungen vom Advocatenzwange, welche derzeit zu Gunsten der Advocaten und der für das Richteramt befähigten Personen bestehen, wurden auf die Notare ausgedehnt, betreffs der für das Richteramt befähigten Personen jedoch eingeschränkt, indem nicht schon die erlangte Qualification zum Richteramte, sondern erst die hinzutretende thatsächliche Ausübung richterlicher Functionen jene Befreiung begründet. Letzteres deshalb, weil die Befreiung vom Anwaltszwange nicht darauf fußt, dass gewisse Personen die Eignung besitzen, ihr Interesse und Recht auch in schwierigeren Rechtssachen ohne den Beistand eines Advocaten zu wahren, denn von diesem Gesichtspuncte aus müssten sonst alle juristisch vorgebildeten Personen überhaupt, oder noch weiter alle zur Vertheidigung ihrer Interessen concret befähigten Personen vom Anwaltszwange befreit werden. Jene Ausnahme gründet sich vielmehr hauptsächlich auf die durch die Berufsübung verbürgte besondere Vertrautheit mit den Formen des Rechtsganges, darauf also, dass gewissen Personen vermöge ihrer Geschäftskenntnis die freie und richtige Bewegung auch in dem complicierteren collegialgerichtlichen Verfahren mit seinen etwaigen positiven Anforderungen und Formvorschriften zugemuthet werden könne. Für das Vorhandensein dieser Geschäftskenntnis bietet erst eine entsprechende praktische Verwendung im gerichtlichen Dienste

Digitized by Google

genügende Sicherheit. Da solche Geschäftskenntnis auch den Notaren zuzuschreiben ist, wurden auch sie in die Reihe der vom Anwaltszwange befreiten Personen einbezogen. Mit den im § 28, Abs. 2 bezeichneten disciplinaren Vorfällen hört die betreffende Person auf, einer besonderen Begünstigung würdig zu sein, wie sie in der Bestimmung des § 28, Abs. 1 immerhin liegt (Regierungsmotive S. 200. In gleicher Weise Urtheil des R. G. zu Leipzig, 25. Juni 1887, Fuchsberger S. 141). Eine solche Partei, die einen Advocaten als Processbevollmächtigten zu bestellen unterlassen hat, müsste als nicht vertreten behandelt werden. Der Art. XXXII Einf.-Ges. ist nicht dahin zu verstehen, dass die Beamten der Finanzprocuratur die subjective Befreiung genießen, nachdem nur die Finanzprocuratur und nicht deren Beamten den Advocaten gleichgestellt sind.

2. Eine die subjective Befreiung vom Anwaltszwange genießende Person ist zur Vertretung ihrer Gattin berechtigt und bedarf die Gattin keines Anwaltes, weil nach § 91 a. b. G. B. dem Manne die Verpflichtung obliegt, die Ehegattin in allen Vorfällen zu vertreten, daher bei Ausübung dieser Pflichten dem Gatten nicht aufgetragen werden kann, zur Vertretung einen Rechtsfreund zu bestellen (E. d. O. G. H. v. 11. Mai 1887, Z. 5532, Nr. 11591).

Dies muss um so mehr für die eigentlichen gesetzlichen Vertreter im Sinne des § 1 (Vater, Vormund, Curator, Gesellschafter, Vorstandsmitglieder, Gemeindevorsteher, Vertreter sonstiger juristischer Personen) gelten, als nach § 5 die Bestimmungen dieses Gesetzes, soweit es selbst nicht unterscheidet, über Parteien auch auf deren gesetzliche Vertreter zu beziehen sind, und als der § 26 in der Fassung der Regierungsvorlage neben den Parteien auch deren gesetzliche Vertreter ausdrücklich aufgezählt hat, der betreffende Absatz zwar nach den Beschlüssen der gemeinsamen Conferenz ausgelassen wurde, jedoch nach den Motiven (S. 4) nur deshalb, um auf eine gewisse Straffheit des Textes und zu diesem Zwecke auf Ausscheidung aller entbehrlichen Neben- und Zwischenbestimmungen, Aufzählungen, beispielsweisen Anführungen und ähnlichem hinzuwirken, das weder für das Verständnis des Rechtsatzes noch für dessen Anwendung von Belang ist.

§ 29. Insoweit eine Vertretung durch Advocaten nicht geboten ist und der Streitgegenstand an Geld oder Geldeswert den Betrag von fünfhundert Gulden nicht übersteigt, kann jede eigenberechtigte Person männlichen Geschlechtes zum Bevollmächtigten bestellt werden. In Streitsachen über fünfhundert Gulden sind an Orten, an welchen wenigstens zwei Advocaten ihren Sitz haben, nur Advocaten als Bevollmächtigte zuzulassen.

Digitized by Google

Personen, welche dem Richter als Winkelschreiber bekannt sind, dürfen weder zur Verhandlung, noch zu anderen Processhandlungen als Bevollmächtigte zugelassen werden. Gegen diese Verweigerung der Zulassung ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht statthaft.

1. Das Gesetz unterscheidet zwischen Bevollmächtigten im Anwaltsprocesse, welche dem Stande der Advocaten angehören müssen, und zwischen gemeinen Bevollmächtigten in anderen Processen, welche a) männlichen Geschlechtes, b) eigenberechtigt, c) 24 Jahre alt sein müssen und d) nicht Winkelschreiber sein dürfen. Winkelschreiber ist nach der J. M. V. vom 8. Juni 1857, Nr. 114 R.-G.-B. derjenige, der, ohne von der zuständigen Behörde dazu berechtigt zu sein, es zu seinem Geschäftsbetriebe macht, Rechtsurkunden oder gerichtliche Eingaben in oder außer Streitsachen, wenn auch das Einschreiten eines Rechtsfreundes bei denselben gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, für Parteien zu verfassen oder als Bevollmächtigter derselben bei Gericht einzuschreiten, es möge der Bezug eines Entgeltes hiebei erwiesen sein oder die gewinnsüchtige Absicht auch nur aus der Menge der verfassten Rechtsurkunden oder Eingaben, aus häufigen Einschreitungen in der Eigenschaft eines Bevollmächtigten, aus der Beibringung verstellter Cessionen oder aus anderen Umständen mit Grund zu folgern sein.

Im Bagatellprocesse kann nach § 449 die Ehegattin mit Vollmacht ihres Gatten für denselben in den Process eintreten.

2. Neben dem eigentlichen Anwaltsprocesse, in welchem die Parteien durch Advocaten vertreten sein müssen, führt der Entwurf eine neue Kategorie ein: Rechtssachen, für welche die Pflicht der Beiziehung eines Advocaten nur dann besteht, wenn und soweit die Parteien die bezüglichen Processhandlungen nicht selbst, nicht persönlich vornehmen. Es sind dies die der bezirksgerichtlichen Competenz zugewiesenen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen der Streitgegenstand an Geld oder Geldeswert den Betrag von 500 fl. übersteigt (Regierungsmotive, S. 199).

Diese Bestimmung wurde in den Entwurf unter der Voraussetzung aufgenommen, dass die Begrenzung der bezirksgerichtlichen Competenz mit dem Werte von 1000 fl. gesetzlich geregelt werde. Nachdem aber der Regierungsentwurf in dieser Richtung abgeändert wurde und nach dem Gesetze die Wertgrenze der bezirksgerichtlichen Competenz mit 500 fl. festgesetzt erscheint, gilt der modificierte Anwaltszwang des § 29 für jene Ausnahmsfälle, in welchen gemäß § 49, Al. 2 bis 8, §§ 77, Abs. 2, 94, 96 und 104 J. N. ausnahmsweise Streitsachen im Werte von mehr als 500 fl. vor einem Bezirksgerichte durch-

Digitized by Google

geführt werden können. In diesen Fällen wird auch diejenige Partei, der wegen Unfähigkeit zur verständlichen Aeußerung über den Gegenstand des Streites persönliches Verhandeln nicht gestattet werden kann (§ 185), sich eines Advocaten als Vertreter bedienen müssen (Dr. Friedländer in der Gerichtszeitung, 1896, Nr. 16).

§ 30. Advocaten und sonstige Bevollmächtigte haben bei der ersten von ihnen in einer Streitsache vorgenommenen Processhandlung ihre Bevollmächtigung durch eine Urkunde (Vollmacht) darzuthun, welche in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift vorzulegen ist und bei Gericht zurückbehalten werden kann.

Wenn die Bevollmächtigung mittels einer Privaturkunde geschah und gegen deren Echtheit Bedenken entstehen, kann das Gericht auf Antrag oder von amtwegen eine gerichtliche oder notarielle Beglaubigung der Unterschrift anordnen. Diese Bestimmung kommt nicht zur Anwendung, wenn ein dem Gerichte bekannter Advocat oder Notar als Bevollmächtigter einschreitet und die Echtheit der Unterschrift mit Berufung auf seinen Eid bestätigt. Die Anordnung der Beglaubigung kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden.

Die Erklärung über die ertheilte Bevollmächtigung kann vor Bezirksgerichten, wenn die Partei bei einer in der Streitsache anberaumten Tagsatzung mit dem Bevollmächtigten persönlich vor Gericht erscheint, auch zu gerichtlichem Protokoll aufgenommen werden.

1. Zur möglichen Verhütung von nachträglichen Streitigkeiten über den Bestand und die Zulänglichkeit einer Bevollmächtigung ist es nöthig, dass die Bevollmächtigung schon beim ersten Auftreten überzeugend nachgewiesen werde. Aus diesem Grunde ist die Vorlage einer schriftlichen Urkunde nicht zu entbehren; sie muss in Urschrift oder beglaubigter Abschrift dem Gerichte vorgelegt werden, denn eine einfache Abschrift kann für die Beweisführung im allgemeinen nur insoweit verwertet werden, als sie vom Gegner des Beweisführers anerkannt wird. Die Anerkennung durch die Gegenpartei kann aber — abgesehen davon, dass sie bei Gegenständen der Officialprüfung für das Gericht nicht unbedingt bindend ist — bei der vorliegenden Aufgabe schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil die Prüfung der Bevollmächtigung in der Regel zu einer Zeit erfolgen muss, in welcher der Gegner des Beweisführers noch nicht gehört werden kann (Regierungsmotive, S. 200). Die Bevollmächtigung kann mittels öffentlicher oder Privaturkunde erfolgen, für letztere genügt in normalen Fällen gemäß

Digitized by Google

§ 294 die Unterschrift des Ausstellers oder dessen gerichtlich oder notariell beglaubigtes Handzeichen.

Die Vollmacht ist vorzulegen; die Berufung auf eine in den Amtsacten oder in den Händen einer dritten Person erliegende Vollmacht — auch Generalvollmacht — genügt nicht. Die Vorlage hat bei der ersten Processhandlung, welche der Bevollmächtigte vornimmt, also bei dem ersten Schriftsatze oder der ersten mündlichen Verhandlung, zu erfolgen. Klags- und Klagebeantwortungsschriften im Anwaltsprocesse, welche den Nachweis der Bestellung eines Advocaten nicht enthalten, sind nach § 37 zurückzuweisen, wenn dieser Mangel nicht innerhalb einer unerstreckbaren Frist behoben wird.

Ist die Originalvollmacht einem Schriftsatze als Beilage angeschlossen, der dem Gegner zuzustellen ist, so ist gemäß § 81 eine Abschrift derselben für den Gegner beizuschließen.

Die Originalvollmacht kann bei den Gerichtsacten zurückbehalten werden; die Entscheidung darüber steht dem Richter (Vorsitzenden des Senates) zu, der über den Schriftsatz oder das Protokoll der mündlichen Verhandlung die vorgeschriebene ämtliche Verfügung zu treffen hat.

Wenn der Zweck der Aufbewahrung entfallen ist, sind die von einer Partei dem Gerichte übergebenen Schriftstücke derselben gemäß § 219 wieder auszufolgen.

2. Einer Beglaubigung bedürfen ausländische öffentliche und Privatvollmachten nach den darüber bestehenden besonderen gesetzlichen Bestimmungen (§ 304). Inländische Privatvollmachten bedürfen der Beglaubigung der Unterschrift, wenn gegen deren Echtheit von amtswegen oder über Einwendung des Gegners Bedenken entstehen. Wenn die Bemerkungen der Gegenpartei oder von amtswegen gemachte Bemerkungen einen zureichenden Grund bieten, um die Echtheit einer Bevollmächtigungsurkunde anzuzweifeln, muss das Gericht in der Lage sein, sich über die Echtheit einer in Form einer Privaturkunde ausgefertigten Vollmacht in einfacher Weise, ohne weitläufigen Echtheitsbeweis, Klarheit zu verschaffen. Dies geschieht durch die Anordnung der gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung der Unterschrift. Einem Zweifel über die Echtheit der Unterschrift wird dann nicht Raum gegeben werden dürfen, wenn ein dem Gerichte bekannter Advocat die Echtheit der Unterschrift unter Berufung auf seinen Eid bekräftigt. Doch will selbstverständlich durch den gesetzlichen Ausspruch über das der Versicherung eines Advocaten zukommende Maß von Glaubwürdigkeit der Nachweis der Unechtheit einer Vollmacht nicht ausgeschlossen werden (Regierungsmotive, S. 200). Eine Beglaubigung durch andere Behörden genügt nicht. Kommt der

Digitized by Google

Bevollmächtigte der unanfechtbaren Aufforderung zur Beglaubigung der Vollmacht nicht nach, so gelten die Bestimmungen des § 38.

§ 31. Die einem Advocaten ertheilte Vollmacht zur Processführung (Processvollmacht) ermächtigt kraft Gesetzes:

1. zur Anbringung und Empfangnahme der Klage und zu allen den Rechtsstreit betreffenden Processhandlungen, einschließlich derjenigen, welche durch eine Widerklage, durch eine Wiederaufnahme des Verfahrens, durch den Antrag auf einstweilige Verfügungen oder durch eine im Sinne des § 16 erfolgende Klageführung veranlasst werden;

2. zum Abschlusse von Vergleichen über den Gegenstand des Rechtsstreites, zu Anerkenntnissen der vom Gegner behaupteten Ansprüche, sowie zu Verzichtleistungen auf die von der bevollmächtigenden Partei geltend gemachten Ansprüche;

3. zur Einleitung der Execution wider den Processgegner, zur Vornahme aller im Executionsverfahren auf Seiten des Executionsführers vorkommenden Handlungen und zur Erwirkung des Sicherungsverfahrens;

4. zur Empfangnahme der von dem Processgegner zu erstattenden Processkosten.

Der Advocat kann die ihm ertheilte Processvollmacht für einzelne Acte oder Abschnitte des Verfahrens an einen anderen Advocaten übertragen, er kann sich ferner bei Verhandlungen, für welche die Beiziehung eines Advocaten gesetzlich vorgeschrieben ist, durch einen bei ihm in Verwendung stehenden substitutionsberechtigten Advocaturscandidaten vertreten lassen und auf Grund seiner Processvollmacht für Processhandlungen, zu deren Vornahme die Vertretung durch Advocaten nicht geboten ist, auch andere Stellvertreter bestellen.

Substitutionsberechtigt sind die im § 15 der Advocaten-Ordnung bezeichneten Advocaturscandidaten, falls sie bereits die Advocatursprüfung mit Erfolg abgelegt haben und nicht eine der im § 12, lit. c) des Gesetzes vom 1. April 1872, R.-G.-Bl. Nr. 40, angeführten Disciplinarstrafen wider sie verhängt ist. Das Erfordernis der Advocaturprüfung kann auf Ansuchen eines Advocaten vom Ausschusse der Advocatenkammer mit Zustimmung des Oberlandesgerichtes aus rücksichtswürdigen Gründen solchen bei ihm in Verwendung stehenden Advocaturscandidaten erlassen werden, die an einer inländischen Universität den juridischen Doctorgrad erlangt haben und mindestens eine einjährige, bei einem Gerichtshofe vollstreckte, civil- und strafgerichtliche Praxis und eine zweijährige Praxis bei einem Advocaten oder bei einer Finanzprocuratur nachzuweisen vermögen. Die Nachsicht der Advocaturprüfung gilt jedoch nur

Digitized by Google

für die Dauer der Verwendung des Advocaturscandidaten bei demjenigen Advocaten, auf dessen Ansuchen sie bewilligt wurde.

1. Durch die Ertheilung einer als Processvollmacht bezeichneten Vollmacht erhält der Advocat im Anwalts- und Parteienprocesse, der gemeine Bevollmächtigte im Parteienprocesse unmittelbar, auch ohne besondere Uebertragung der Berechtigung zu den einzelnen Handlungen, einen gewissen gesetzlich festgestellten Wirkungskreis, so dass er einer Specialvollmacht für einzelne Processhandlungen nicht bedarf.

Es genügt also sowohl dem Gerichte als dem Gegner zu wissen, dass der Advocat von der Partei ermächtigt worden, für sie im Processe einzuschreiten, um zugleich jeden Zweifel über den Umfang dieser Ermächtigung zu unterdrücken und die Grenzen des berechtigten Handelns eines Advocaten zu fixieren (Regierungsmotive, S. 201). Der Zweifel ob auch Generalvollmachten zulässig seien, wurde beseitigt (Motive des Ausschusses des Abgeordnetenhauses, S. 22).

2. Jene Unbeschränktheit der Processvollmacht besteht zunächst in Ansehung aller eigentlichen Processhandlungen (§ 26, Anm. 2), der sämmtlichen Schritte, welche die erfolgreiche Geltendmachung des vom Kläger beanspruchten Rechtes oder die Vertheidigung gegen die Klage normal fordert und mit sich bringt (Regierungsentwurf, S. 201). Dazu gehören auch Verzichte auf Processhandlungen, Zurücknahme von Processhandlungen und nach § 90 alle Zustellungen; ferner die Verhandlungen über Klageänderungen (§ 235), über Widerklagen (§ 96 J. N.), über eine Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 530), über einen Antrag auf einstweilige Verfügungen (§ 389 Exec.-Ord.) und über die Hauptintervention (§ 16).

Die von dem Ausschusse des Abgeordnetenhauses in Al. 3 aufgenommenen Worte: „und zur Erwirkung des Sicherungsverfahrens“ machen diesen Paragraph insofern undeutlich, als das Sicherungsverfahren nach den §§ 370 ff. der Executionsordnung sowohl die Execution zur Sicherstellung als die einstweiligen Verfügungen umfasst, für das Sicherungsverfahren nach § 32 eine Einschränkung der Vollmacht zulässig, für einstweilige Verfügungen aber unzulässig sein soll. Nach der geschilderten Entstehungsgeschichte wird sohin unter Sicherungsverfahren die Execution zur Sicherstellung zu verstehen, bei allen einstweiligen Verfügungen aber eine Einschränkung der Vollmacht unzulässig sein.

3. Alinea 2 enthält keine Processhandlungen, sondern Dispositivacte, durch welche die Rechtssache während der Verhandlung oder noch vor Beginn des Processes erledigt wird. Zum nothwendigen Umfange der einem Advocaten ertheilten Voll-

Digitized by Google

macht müssen allerdings auch solche Rechtshandlungen gezählt werden, durch welche eine Rechtssache ohne richterliche Entscheidung beendigt werden kann. Da jedoch kein Grund vorliegt, einer Partei entgegenzutreten, welche auf die gerichtliche Entscheidung nicht verzichten will, so lässt sich der allgemeine Grundsatz, dass der Umfang der einem Advocaten ertheilten Vollmacht dem Gegner gegenüber nicht mit Wirkung eingeschränkt werden könne, auf diese Rechtshandlungen nicht anwenden. Es wurde demnach nach § 32 die Möglichkeit geboten, von der einem Advocaten ertheilten Vollmacht die Ermächtigung zur Vornahme solcher Rechtshandlungen auszunehmen (Regierungsmotive, S. 201). Als solche Rechtshandlungen zählt das Gesetz auf: Vergleiche (§ 204 ff.), Vereinbarungen auf den Abschluss eines Schiedsvertrages (§ 577), Anerkenntnisse (§ 395) und Verzichtleistungen (§ 394). Bei Anerkenntnissen und Verzichtleistungen versteht sich der zulässige Umfang derselben von selbst. Sie dürfen nicht weiter reichen als die Klage. Bei Vergleichen war es nothwendig, diesen Umfang näher dahin zu bestimmen, dass dieselben über den Gegenstand des Rechtsstreites nicht hinausgehen dürfen. Die Vollmacht berechtigt nicht zu Dispositionen über andere dem Bevollmächtigten hierzu nicht zur Verfügung gestellte individuelle Vermögensgegenstände des Machtgebers, auch nicht zu Rechtsgeschäften mit dritten außerhalb des Processes stehenden Personen (Wilmowski, S. 154). Die Natur des Vergleiches bringt es aber mit sich, dass im Vergleiche eine Geldentschädigung an die Stelle des Streitgegenstandes gesetzt werden kann. Ist die Processvollmacht von dem gesetzlichen Vertreter einer Partei ausgestellt, so richtet sich die Berechtigung zum Abschlusse von Vergleichen nach der Berechtigung des gesetzlichen Vertreters.

4. Nicht nur zur Einleitung der Execution, sondern auch zur Vornahme aller im Executionsverfahren (einschließlich der Execution zur Sicherstellung) vorkommenden Handlungen berechtigt die Processvollmacht. Zu diesen Handlungen gehört auch die Vertretung in den dadurch veranlassten Processen im Sinne der §§ 35, 36, 37 Exec.-Ordn., weshalb es zweckdienlich erscheint, wenn in den Requisitionsschreiben an das Vollzugsgericht die Processbevollmächtigten namhaft gemacht werden. Zur Vertretung der Partei in einer Concursverhandlung ist aber die Processvollmacht nicht genügend. Auch in dieser Richtung (bei Vornahme und Durchführung der Execution) ist eine Einschränkung der Processvollmacht zulässig. Die Einleitung der Execution selbst in die Hand zu nehmen oder einem anderen Advocaten zu übertragen, kann der Partei nicht verwehrt werden (Regierungsmotive, S. 201).

Digitized by Google

5. Zur Empfangnahme des Streitgegenstandes oder zur sonstigen Verfügung über denselben ist der Processbevollmächtigte nicht befugt; das Gesetz ermächtigt ihn nur zur Empfangnahme der Processkosten und schließt eine Beschränkung der Vollmacht in dieser Richtung aus (§ 32).

6. Bezüglich der Bestellung eines Substituten ist zwischen dem Anwaltsprocesse und dem Parteienprocesse zu unterscheiden. Im Anwaltsprocesse kann sich der Processbevollmächtigte nur durch einen Advocaten oder durch einen bei ihm in Verwendung stehenden substitutionsberechtigten Advocaturscandidaten vertreten lassen. Im Parteienprocesse und bei allen Processhandlungen im Anwaltsprocesse, welche vom Anwaltszwange befreit sind (§ 27), ist er bei der Wahl seines Stellvertreters nur an die Vorschriften des § 29 gebunden.

Wenn als Substitut wieder ein Advocat auftreten muss, so kann der letzterem durch Uebertragung der Vollmacht eingeräumte Wirkungskreis nicht geringer sein, als derjenige, welcher innerhalb des vom Gesetze festgestellten nothwendigen Umfanges der einem Advocaten ertheilten Vollmacht liegt. Der Substitut wird aber selbst im Anwaltsprocesse nicht immer ein Advocat sein müssen, z. B. gleich nicht bei der Vornahme einzelner vor einem ersuchten oder beauftragten Richter vorzunehmenden Processhandlungen. Dann wird auch die Substitutionsvollmacht auf das einzelne Geschäft beschränkt werden können, nicht als eine Processvollmacht im Sinne des Gesetzes anzusehen sein, sondern sich nach § 33 zu richten haben, das heißt, sie wird in Betreff ihres Umfanges lediglich nach ihrem Tenor beurtheilt werden müssen. (Regierungsmotive, S. 201).

Der Advocat kann die ihm ertheilte Processvollmacht jedoch nur für einzelne Acte oder Abschnitte des Verfahrens an einen anderen Advocaten übertragen. Bestellt also ein Advocat einen anderen Advocaten zu seinem Vertreter, so kann dies nicht die Wirkung haben, dass der substituierte Advocat als Processbevollmächtigter an die Stelle des Substituenten tritt; dieser letztere, und zwar er allein, bleibt vielmehr trotz der Substitution der Processbevollmächtigte der Partei; an ihn haben insbesondere nach § 93 die Zustellungen zu erfolgen und sein Tod bewirkt (im Anwaltsprocesse) nach § 160 eine Unterbrechung des Verfahrens. (Reichsgericht zu Leipzig, XI., S. 369).

7. Substitutionsberechtigt sind jene Advocaturscandidaten, welche eine Legitimation des Ausschusses der Advocatenkammer ausweisen können (§ 15, Adv.-Ordn.), falls nicht die Disciplinarstrafe der Verlängerung der Praxiszeit oder des Verlustes des

Digitized by Google

Substitutionsrechtes auf bestimmte Zeit (§ 12c, Disc.-Ges.) wider sie verhängt ist.

Außerdem müssen sie die Advocaturprüfung bestanden haben oder neben dem Doctorgrade und einer einjährigen Richter- und zweijährigen Advocatenpraxis vom Ausschusse der Advocatenkammer mit Zustimmung des Oberlandesgerichtes für substitutionsberechtigt erklärt worden sein.

Diese Beleihung ungeprüfter Advocaturscandidaten mit dem Substitutionsrechte kann die Advocatenkammer aus rücksichtswürdigen Gründen (Mangel geprüfter Advocaturscandidaten, besondere Verhältnisse einzelner Kanzleien) mit Zustimmung des Oberlandesgerichtes auf Ansuchen des Advocaten für die Dauer seines dienstlichen Verhältnisses in der fraglichen Kanzlei ertheilen (Motive der gemeinsamen Conferenz, S. 8) und das Gericht wird sich an das betreffende Decret zu halten haben, ohne dessen Berechtigung weiter zu prüfen, als dass ein solcher Concipient, wie jeder andere, nur für denjenigen Advocaten zugelassen wird, bei dem er bedienstet ist.

§ 32. Eine Beschränkung des gesetzlichen Umfanges der Processvollmacht hat, auch wenn sie in der Urkunde ausgedrückt ist, dem Gegner gegenüber nur insoweit rechtliche Wirkung, als die Beschränkung die im § 31, Z. 2 und 3, bezeichneten Befugnisse betrifft und dem Gegner besonders bekannt gegeben wurde.

1. Die Bestimmungen des § 32 gelten nur für das Verhältnis des Machtgebers zu dem Gegner, welches Verhältnis das Gericht im Processe allein zu berücksichtigen hat. Das Verhältnis des Machthabers zu dem Machtgeber richtet sich nach den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches und ist dem Machthaber gegenüber auch jede andere Beschränkung der Vollmacht wirksam.

Jede Processvollmacht, mag sie als solche bezeichnet sein oder nur im allgemeinen die Ermächtigung der Partei enthalten, für sie im Processe einzuschreiten, mag sie einem Advocaten oder einem gemeinen Bevollmächtigten ertheilt sein, darf dem Gegner und dem Gerichte gegenüber nur insofern beschränkt sein, als es sich um den Abschluss von Vergleichen, um Anerkenntnisse und Verzichtleistungen, endlich um Executionsschritte (auch um solche zur Sicherstellung) handelt. Außerdem muss der Gegner von dieser Beschränkung besonders verständigt worden sein. Die Zustellung einer Abschrift der Vollmacht genügt nicht; es wird vielmehr die Verständigung mittels besonderen Schriftsatzes oder in der mündlichen Verhandlung zu erfolgen haben.

Digitized by Google

Jede andere Einschränkung der Processvollmacht, sowie auch eine zulässige Beschränkung derselben ohne besondere Verständigung des Gegners machen die Vollmacht nicht ungiltig, sondern gelten als nicht beigefügt, haben keine rechtliche Wirkung.

§ 33. Personen, welche nicht Advocaten sind, kann die Partei entweder eine Processvollmacht ertheilen, oder sie kann dieselben auch nur für einzelne bestimmte Processhandlungen bevollmächtigen.

Umfang, Wirkung und Dauer der Processvollmacht sind nach den Bestimmungen dieses Gesetzes, Umfang, Wirkung und Dauer einer Vollmacht zu einzelnen Processhandlungen aber, sofern im folgenden nichts anderes angeordnet ist, nach dem Inhalte dieser Vollmacht und nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurtheilen.

Die Bestimmungen des § 33 sind im Parteienprocesse und bei den vom Anwaltszwange befreiten Processhandlungen des Anwaltsprocesses (§ 27) anwendbar. Der Entwurf räumt der Partei das Recht ein, auch den gemeinen Bevollmächtigten mit der sonstigen gesetzlichen Wirkung Processvollmacht zu ertheilen. Falls aber von dieser gesetzlichen Befugnis nicht Gebrauch gemacht wird, muss sich der Umfang der Vollmacht nach ihrem, den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes gemäß zu interpretierenden Inhalte richten. Selbstverständlich kommen hier nicht bloß die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (§ 1008), sondern auch des Handelsrechtes (§§ 42, 47), der Wechselordnung (Art. 17) und sonstige einschlägige Bestimmungen des Privatrechtes in Betracht. Infolge der Bestimmungen des § 33, Abs. 2 werden die Befugnisse, welche die Partei ihrem Vertreter einräumen will, wo nicht Processvollmacht ertheilt wird, im Inhalte der Vollmachtsurkunde ausdrücklich angegeben werden müssen (Regierungsmotive, S. 202). Wenn eine Vertretung auf einzelne Processhandlungen nicht ausdrücklich beschränkt ist, gilt die Vollmacht als für den Umfang des § 31 ausgestellt; wenn einem Advocaten im Anwaltsprocesse eine Vollmacht nur zu einzelnen Processhandlungen ertheilt würde, so ist er als nicht bevollmächtigt anzusehen und es findet § 38 Anwendung. Die Bevollmächtigung zu einzelnen Processhandlungen im Anwaltsprocesse kann daher nur im Wege der Substitution nach § 31 erfolgen. (Vergl. Wilmowski, S. 155).

§ 34. Die auf Grund einer Processvollmacht von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Processhandlungen haben im Verhältnis zur Gegenpartei dieselbe Wirkung, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen worden wären. Dies gilt jedoch

Digitized by Google

von Geständnissen und anderen thatsächlichen Erklärungen nur insoweit, als sie nicht von der miterschienenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden.

1. Der § 34 handelt nur von der Processvollmacht. Die im Entwurfe vom Jahre 1881 für andere Bevollmächtigte getroffene gleichartige Bestimmung wurde ausgeschieden, ohne dass der Grund dafür in den Motiven angegeben worden wäre. Es gelten also für andere Bevollmächtigte die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, nach welchen insbesondere auch die Wirkung eines Widerrufes oder einer Berichtigung, welche nicht auf Geständnisse und thatsächliche Erklärungen eingeschränkt erscheinen, zu beurtheilen sein wird.

Das Princip der Repräsentation des Machtgebers durch den Bevollmächtigten (Renaud, § 65ff.) erklärt die von dem Bevollmächtigten innerhalb der Grenzen des § 31 vorgenommenen Processhandlungen für den Machtgeber verpflichtend. Unterlassungen und Versäumnis des Advocaten fallen der Partei zur Last.

2. Das Recht der Partei, sofort zu widerrufen oder zu berichtigen, gilt nur für Geständnisse und thatsächliche Erklärungen; andere Processhandlungen kann die Partei weder widerrufen noch berichtigen. Es soll nur auf die thatsächliche Seite des Processtoffes der erschienenen Partei neben dem Anwalte und im Widerspruch mit demselben ein Einfluss gestattet werden (Wilmowski, S. 156). Derselbe spricht der Partei das Widerspruchsrecht auch bezüglich der dispositiven Behandlung der Sache, bezüglich der Vergleiche, Verzichte und Anerkenntnisse ab, wohl mit Unrecht, da diese Dispositivacte keine Processhandlungen sind (§ 26, Anm. 2) und der § 34 nur von Processhandlungen spricht.

3. Nur die erschienene Partei hat das Recht des Widerrufes und der Berichtigung. Macht sie von diesem Rechte Gebrauch, so gilt nur ihre Erklärung und die gegentheilige des Bevollmächtigten ist nicht zu berücksichtigen. Der Widerruf oder die Berichtigung muss aber — um berücksichtigt werden zu können — sofort erfolgen, ob dieser Vorschrift im einzelnen Falle entsprochen wurde, unterliegt der freien Beweiswürdigung. Jedenfalls muss die Erklärung der Partei mindestens in derselben Verhandlung erfolgen. Erhebt der Bevollmächtigte Widerspruch gegen die Erklärung der Partei, so wird es Sache der Processleitung sein, den wahren Sinn der Parteierklärung sicherzustellen, welcher sodann auch gegen den Widerspruch des Bevollmächtigten gilt.

4. Ausgeschlossen ist ein Widerruf oder eine Berichtigung seitens der Partei betreffs der rechtlichen Seite des Processes

Digitized by Google

und betreffs aller **Anträge**, welche ohnedem immer vom Processbevollmächtigten auszugehen haben.

§ 35. Die Processvollmacht wird weder durch den Tod des Vollmachtgebers noch durch eine Veränderung in Betreff seiner Processfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben.

Die Rechtsnachfolger des Vollmachtgebers, der für die processunfähig gewordene Partei bestellte gesetzliche Vertreter und der an Stelle des bisherigen gesetzlichen Vertreters neu eintretende gesetzliche Vertreter einer Partei können jedoch die Processvollmacht jederzeit widerrufen.

1. Auch der § 35 gilt nur für die **Processvollmacht**, für diese aber sowohl im Anwalts- als im Parteienprocesse; ein abweichender Inhalt hat nach § 32 keine rechtliche Wirkung. Die Vollmacht erlischt weder durch den Tod des Vollmachtgebers, noch wenn die processfähige Partei processunfähig oder die processunfähige Partei processfähig wird (Oberstes L. G. für Bayern, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 73), noch wenn eine Veränderung ihrer gesetzlichen Vertretung stattfindet. Darunter ist sowohl der Wegfall des bisherigen gesetzlichen Vertreters, als der Eintritt eines neuen gesetzlichen Vertreters zu verstehen. Der Bevollmächtigte ist verpflichtet, die Vertretung fortzuführen, der Process wird gemäß der §§ 155, 158 durch einen solchen Zwischenfall nicht unterbrochen. Eine Verständigung des Gegners oder die Einlegung einer neuen Vollmacht ist nicht erforderlich.

Auf den gesetzlichen Vertreter, welcher als Advocat die Vertretung der Partei als solcher ohne Processvollmacht führt (§ 28), ist § 35 nicht anwendbar.

2. Durch die Fortdauer der Vollmacht über den Tod oder eine Aenderung betreffs der Processfähigkeit und der gesetzlichen Vertretung der Partei hinaus, wird das Recht des Widerrufes der Vollmacht weder für den Machtgeber, noch für den Machthaber beschränkt, die Zurücknahme der Vollmacht oder die Kündigung derselben steht sowohl dem Bevollmächtigten als dem Vollmachtgeber oder seinem legitimierten gesetzlichen Vertreter oder Rechtsnachfolger jederzeit frei, und ist diesbezüglich, soweit es sich nicht um den Processgegner und das Gericht handelt, eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben.

§ 36. Die durch Widerruf oder Kündigung herbeigeführte Aufhebung der Vollmacht zur Processführung oder zur Vornahme einzelner Processhandlungen erlangt dem Processgegner gegenüber erst dann rechtliche Wirksamkeit, wenn ihm das Erlöschen der Vollmacht, in Rechtssachen aber, in welchen die Vertretung durch Advocaten geboten ist, die Bestellung eines

Digitized by Google

anderen Advocaten von der Partei angezeigt wird. Diese Anzeige hat durch Zustellung eines Schriftsatzes zu geschehen. In Bezug auf diese Zustellung gilt die Vorschrift des § 25.

Nach Kündigung der Vollmacht bleibt der Bevollmächtigte noch durch vierzehn Tage berechtigt und verpflichtet, für den Vollmachtgeber zu handeln, soweit dies nöthig ist, um letzteren vor Rechtsnachtheilen zu schützen.

1. Um auch dem Widerrufe und der Kündigung der Vollmacht den schädigenden Einfluss auf die Processerledigung thunlichst zu benehmen und namentlich, um den Missbrauch solcher Acte zum Zwecke der Processverzögerung zu verhüten, wurde im § 36 bestimmt, dass die Wirksamkeit solcher Acte nicht bloß von der Kenntnis des Processgegners, sondern, sofern die Advocatenvertretung eine gesetzlich gebotene ist, auch noch überdies von der vollzogenen Bestellung eines anderen Vertreters abhängt (Regierungsmotive, S. 202).

Der Advocat bleibt im Anwaltsprocesse dem Gegner und dem Gerichte gegenüber so lange Processbevollmächtigter, als nicht seine Partei einen anderen Advocaten als ihren Processbevollmächtigten dem Gegner namhaft macht. Er gilt kraft Gesetzes als bis dahin bevollmächtigt und erfolgen auch bis dahin wirksam an ihn die Zustellungen (Reichsgericht Leipzig, IV., S. 415). Die Unwirksamkeit der Kündigung der Vollmacht dem Gegner gegenüber hindert jedoch nicht die Vornahme von Processhandlungen durch einen anderen Anwalt (O. L. G. Hamburg, Fuchsberger, S. 146).

2. Die Anzeige hat durch Zustellung eines Schriftsatzes zu erfolgen, welche bei Gerichtshöfen der Vorsitzende des Senates verfügt. Der Schriftsatz muss im Anwaltsprocesse gemäß § 75 von dem neuen Bevollmächtigten unterfertigt sein, dessen Vollmacht gemäß § 30 gleichzeitig in Urschrift oder beglaubigter Abschrift vorzulegen ist.

3. Absatz 2 ist der Advocatenordnung entnommen, deren § 11 die gleiche Bestimmung enthält, welche nunmehr auf gemeine Bevollmächtigte ausgedehnt erscheint.

Die Vorschrift ist nur bei einer Kündigung der Vollmacht seitens des Bevollmächtigten (§ 1021 a. b. G. B.), nicht aber bei einem Widerrufe derselben seitens des Vollmachtgebers (§ 1020 a. b. G. B.) anwendbar und betrifft lediglich das interne Verhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten. Eine Versäumung der Verpflichtung macht den Machthaber nach bürgerlichem Rechte verantwortlich.

Die vierzehntägige Frist ist nach § 11 Adv.-Ordn. von der Zustellung der Kündigung an zu rechnen. Nach Ablauf dieser 14 Tage ist der Bevollmächtigte zum Schutze der Partei

Digitized by Google

nicht mehr verpflichtet. Die Partei aber gilt, wenn sie keinen neuen Advocaten bestellt und dem Gegner angezeigt hat, noch als durch den früheren Advocaten vertreten, daher alle nunmehr entstehenden Säumnisse ihr zur Last fallen und die gesetzlichen Säumnisfolgen nach sich ziehen (Friedländer, Gerichtszeitung, 1896, Nr. 16).

Die Berechtigung und Verpflichtung des Bevollmächtigten geht nur so weit, als der Vollmachtgeber durch Unterlassungen einen Rechtsnachtheil erleiden könnte. Dies zu beurtheilen, muss dem Bevollmächtigten überlassen werden und das Gericht ist nicht berechtigt, irgendwelche Processhandlungen des abtretenden Machthabers deshalb nicht zuzulassen, weil es dieselben nicht für dringend hält.

§ 37. Das Gericht hat den Mangel der Vollmacht in jeder Lage des Rechtsstreites von amtswegen zu berücksichtigen.

Im Anwaltsprocesse überreichte Klage- und Klagebeantwortungsschriften, welche den Nachweis der Bestellung eines Advocaten nicht enthalten, sind vom Vorsitzenden des Senates, dem die Rechtssache zugewiesen ist, zurückzuweisen, wenn die Partei nicht innerhalb einer ihr vom Vorsitzenden zu bestimmenden Frist einen Advocaten bestellt und denselben dem Gerichte unter Vorlegung der Vollmacht namhaft macht. Eine Verlängerung dieser Frist ist nicht zulässig.

1. Wenn jemand statt einer Partei als deren Bevollmächtigter einschreitet, so hängt die Giltigkeit des Verfahrens und der auf Grund desselben gefällten Entscheidungen davon ab, dass der Auftretende in der That bevollmächtigt worden sei und die ihm ertheilten Befugnisse sich auf die vorgenommenen Handlungen erstrecken. Da es nun im öffentlichen Interesse liegt, das Vorkommen nichtiger Verfahren und nichtiger Entscheidungen zu verhüten, kann die Prüfung einer behaupteten Bevollmächtigung nicht ausschließlich vom Parteiwillen abhängig gemacht werden; sie muss vielmehr von amtswegen erfolgen, und zwar muss sowohl geprüft werden, ob eine giltige Vollmacht überhaupt bestehe, als auch, ob eine solche im einzelnen Falle als zureichend angesehen werden könne.

Ein ähnlicher Gedanke, wie er der Bestimmung des § 6, Abs. 2 zugrunde liegt, führt zur Vorschrift des § 37, Abs. 2.

Der Zurückweisung von Schriftsätzen wegen mangelnder Vertretung hat auch im Anwaltsprocesse die richterliche Aufforderung zur Sanierung des Mangels vorauszugehen. Die Vorschrift correspondiert zugleich mit der Bestimmung des § 89, Abs. 1, wodurch dem Gerichte in Ansehung aller Formgebrechen, die überreichten Schriftsätzen etwa anhaften, zur Pflicht gemacht

Digitized by Google

wird, deren Beseitigung von amtswegen anzuordnen (Regierungsmotive, S. 202).

2. Die Bestellung eines Advocaten ist gemäß § 30 durch Vorlage der Vollmacht nachzuweisen, die Fertigung der Klage durch den Advocaten im Sinne des § 75 ersetzt den Nachweis der Vollmacht nicht.

Gegen den Auftrag zum Nachweise der Vollmacht ist gemäß § 84 ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig, weil es sich um einen Formmangel des Schriftsatzes handelt.

Erst die Zurückweisung der Klage nach fruchtlosem Ablauf der Frist zur Vorlage der Vollmacht ist im Recurswege anfechtbar.

Sofern die Vorschriften des § 38 nicht zur Anwendung kommen, hat das Gericht Processhandlungen Nichtbevollmächtigter jederzeit abzulehnen.

Erscheint bei der mündlichen Verhandlung für die Partei ein Bevollmächtigter, welcher die Vollmacht nicht vorzulegen vermag, so kann gemäß § 402 ein Versäumnisurtheil nicht erlassen werden, weil auch der Bevollmächtigte nach § 39 wie die Partei zu behandeln ist, die Tagsatzung aber von amtswegen auf angemessene Zeit erstreckt werden muss, wenn die Partei eine von amtswegen zu berücksichtigende Nachweisung bei der Tagsatzung nicht zu erbringen vermag.

Zur neuen Tagsatzung wird die Partei selbst zu laden und zur Nachweisung der Vollmacht aufzufordern sein, widrigens bei der neuen Tagsatzung ohne Rücksicht auf das Erscheinen des nicht durch eine Vollmacht nachgewiesenen Machthabers das Versäumnisurtheil zu fällen ist.

§ 38. Wer für eine Partei, ohne die erfolgte Bevollmächtigung nachweisen zu können, behufs Vornahme einzelner dringlicher Processhandlungen einschreiten will, kann nach Ermessen des Gerichtes entweder gegen vorgängige Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden, oder auch ohne solche Sicherheitsleistung als Bevollmächtigter einstweilen zugelassen werden.

Das Gericht hat zugleich die nachträgliche Vorlage einer zu jenen Processhandlungen berechtigenden Vollmacht oder die Beibringung der Genehmigung der Partei anzuordnen und bis zum Ablaufe der hiefür bestimmten Frist mit der zu erlassenden Entscheidung oder Verfügung inne zu halten. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist ist ohne Rücksicht auf jenes Einschreiten vorzugehen; der Gegner hat Anspruch auf Ersatz der durch die einstweilige Zulassung verursachten Kosten und Schäden.

Mit Ausnahme des Beschlusses über den Ersatz der Kosten und Schäden können die im Sinne der vorstehenden Absätze

Digitized by Google

ergehenden gerichtlichen Beschlüsse durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden.

1. Wenn es zur Abwendung von drohenden Nachtheilen erforderlich oder angemessen erscheint, soll das Processgericht dringende Processhandlungen auch durch Personen vornehmen lassen können, welche namens einer Partei als Bevollmächtigte einschreiten, ohne jedoch ihre Bevollmächtigung zur Zeit in zureichender Weise darthun zu können (Regierungsmotive, S. 202). Ob die vorzunehmende Processhandlung dringlich ist und ob die einschreitende Person zuzulassen ist, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu bestimmen. Es ist gleichgiltig, ob nur der Mangel des Nachweises der Vollmacht vorliegt, oder ob eine Geschäftsführung ohne Auftrag beabsichtigt wird; maßgebend ist, dass die Partei ihre Rechte selbst nicht wahrnehmen kann, und dass eine andere Person für sie eintreten will.

2. Die Gestattung des einstweiligen Auftretens nicht bevollmächtigter Personen gibt umsoweniger zu Bedenken Anlass, als es dem Gerichte ermöglicht ist, einer zu besorgenden Gefährdung der Parteien durch Anordnung einer Sicherheitsleistung zu begegnen (Regierungsmotive, S. 202). Die Entscheidung darüber ist gleichfalls dem Ermessen des Gerichtes überlassen. Die Sicherheitsleistung ist eine solche für Kosten und Schäden, also nicht für die Streitsache selbst.

Wenn die Zulassung von einer Sicherheitsleistnng abhängig gemacht wird, hat diese der beabsichtigten Processhandlung voranzugehen. Dieselbe hat nach Vorschrift des § 56 zu erfolgen. Es ist sohin vor Gestattung der Processhandlung eventuell eine Frist zur Leistung der Sicherheit zu bestimmen.

3. Es kann sich hiebei aber nur um ein einstweiliges Einschreiten handeln. Daher muss es jedenfalls vor Erlassung einer meritorischen Entscheidung außer Zweifel gesetzt sein, ob das Einschreiten dem Willen der vertretenen Partei entspreche. Das führt zur Forderung der nachträglichen Vorlage einer entsprechenden Vollmacht und zur nachträglichen Beschaffung der Genehmigung der vertretenen Partei (Regierungsmotive, S. 202).

Das Gericht hat, wenn es die Vertretung zulässt, eine angemessene Frist zu bestimmen, binnen welcher die Vollmacht oder die Genehmigung der Partei beizubringen ist, worüber bei Gerichtshöfen der Senat zu entscheiden hat. Diese Frist kann aus den im § 128 angeführten Gründen verlängert werden und sind die zur Rechtfertigung geltend gemachten Gründe über Verlangen des Gerichtes glaubhaft zu machen (§ 274). Der Antrag auf Verlängerung der Frist muss gemäß § 128 vor Ablauf der Frist bei Gericht angebracht werden und es ist vor

Digitized by Google

Bewilligung der wiederholten Verlängerung der Frist der Gegner zu hören. Ueber die angestrebte Verlängerung der Frist hat bei Gerichtshöfen gemäß § 140 der Vorsitzende des Senates zu entscheiden. Die erste Fristverlängerung, welche die Dauer der ursprünglichen Frist nicht überschreitet, kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden. Ueberschreitet aber die erste Frist die Dauer der ursprünglichen, oder werden weitere Fristen bewilligt oder Fristgesuche abgewiesen, so steht gegen diese Beschlüsse nach § 141 das Rechtsmittel des Recurses zu, dem jedoch, wenn der Vorsitzende des Senates den anzufechtenden Beschluss gefasst hat, nach § 516 der Antrag auf Abänderung dieses Beschlusses durch den Senat vorauszugehen hat.

Bis zum Ablaufe der Frist oder bis zur Vorlage der Vollmacht oder Genehmigung — wenn diese früher erfolgt — ist mit der Entscheidung oder Verfügung über die zugelassene Processhandlung inne zu halten. Ist also ein Schriftsatz eingebracht, so ist mit dessen Erledigung, ist die mündliche Verhandlung durchgeführt, so ist mit der Endentscheidung oder dem Beweisbeschlusse zu warten.

Nach fruchtlosem Ablauf der Frist gilt die Vollmacht oder Genehmigung als verweigert und die Processhandlung des einstweilen Zugelassenen gilt als nicht existent.

Ist zur Beendigung der Rechtssache eine neuerliche mündliche Verhandlung nothwendig, so kann bei dieser oder bis zu derselben die Bevollmächtigung oder Genehmigung noch immer nachgetragen werden (§ 145). Eine neuerliche Zulassung des nicht ausgewiesenen Bevollmächtigten gegen Nachtrag der Vollmacht erscheint jedoch unzulässig.

4. Der Gegner hat Anspruch auf Ersatz der durch die einstweilige Zulassung verursachten Kosten und Schäden. Genehmigt die Partei die Processhandlung, so fallen diese Kosten unter die Processkosten. Wird durch den mangelnden Nachweis der Bevollmächtigung oder Genehmigung das Einschreiten des einstweiligen Vertreters wirkungslos, so ist dieser zu dem Ersatze der Kosten zu verfällen, mag die Partei den Mangel der Legitimation auch selbst verschuldet haben; denn auch die Sicherheitsleistung wird nicht von der Partei sondern von ihrem Vertreter verlangt (Motive der gem. Conferenz, S. 7).

5. Ob die Zulassung eines einstweiligen Vertreters nach Lage der Sache opportun und erforderlich, wird in der Regel nur das Processgericht vollständig beurtheilen können. Die Einlegung von Rechtsmitteln würde schon deshalb meistens ihren Zweck verfehlen, weil die einstweilige Zulassung dringende Processhandlungen betrifft. Es wird daher ein abgesondertes Rechtsmittel gegen die über solche Fragen ergehenden rich-

Digitized by Google

terlichen Beschlüsse versagt werden können (Regierungsmotive, S. 202).

§ 39. *Soweit dieses Gesetz nicht unterscheidet, sind dessen Bestimmungen über die Parteien auch auf deren Bevollmächtigte zu beziehen.*

Fünfter Titel: **Processkosten.**

§ 40. *Jede Partei hat die durch ihre Processhandlungen verursachten Kosten zunächst selbst zu bestreiten. Die Kosten solcher gerichtlicher Handlungen, welche von beiden Parteien gemeinschaftlich veranlasst oder vom Gerichte im Interesse beider Parteien auf Antrag oder von amtswegen vorgenommen werden, sind von beiden Parteien gemeinschaftlich zu bestreiten.*

Inwieferne den Parteien ein Anspruch auf Ersatz der von ihnen bestrittenen Kosten zusteht, ist, soweit dieses Gesetz nicht besondere Anordnungen enthält, nach den Bestimmungen dieses Titels zu beurtheilen.

1. Der im § 40 aufgestellte Grundsatz betrifft nicht das Verhältnis der einen Partei zu ihrem Gegner; nicht die dem Gegner verursachten Kosten einer Processhandlung hat die Partei zunächst selbst zu tragen, sondern nur die eigenen, also außer ihren eigenen Barauslagen für Zureise, Zehrung u. s. w. die Stempel- und anderen Staatsgebüren, die Entlohnung ihres Bevollmächtigten, die Gebüren abgeordneter gerichtlicher Beamten und Diener, von Vollstreckungsorganen, Zeugen und Sachverständigen, die Kosten der gerichtlichen Anfertigung von Protokollabschriften und Beilagenabschriften sowie von Rubriken, die Kosten der nothwendigen Verlautbarungen.

Soweit diese Kosten dem Gerichte bar zu bezahlen sind, haften gemäß H. D. v. 15. Jänner 1825, Nr. 2066 J. G. S. sämmtliche Advocaten und Sachwalter für dieselben, wenn sie nur ein Gesuch unterschrieben haben.

Die zur Zeit bestehenden Anordnungen über die Bestimmung der Zehr- und Ganggelder und der Zustellungsgebüren sowie die Regelung des Verfahrens bei Vorschreibung und Einhebung derselben bleiben gemäß Art. XXXIV des Einführungsgesetzes in Geltung.

Die Vorschriften über die Zustellungsgebüren betreffen die folgenden Paragraphen des M. V. v. 3. Juli 1854, Nr. 169 R.-G.-Bl.

§ 14. Die Dienerschaft der Gerichtshöfe I. Instanz, dann der abgesondert bestehenden Bezirksgerichte hat nach Umständen, wenn sie im Auftrage des Amtsvorstandes im Dienste außerhalb des Amtsortes verwendet wird, Gang- und Zehrgelder oder auch Zustellungsgebüren anzusprechen. Der Amts-

Digitized by Google

vorstand ist dafür verantwortlich, dass das Dienstpersonal zu dienstlichen Aussendungen nicht ohne Nothwendigkeit, sondern nur dann verwendet werde, wenn es die Gesetze, z. B. bei gewissen gerichtlichen Amtshandlungen und Zustellungen vorschreiben, oder die sonst etwa zu Gebote stehenden Zustellungsmittel, z. B. der Post, der Gemeindeboten u. dgl., wegen besonderer Dringlichkeit oder wegen der eigenthümlichen Art des zu vollziehenden Auftrages nicht benützt werden können.

§ 15. Das Ganggeld darf nur dann aufgerechnet werden, wenn die Entfernung des Ortes, wohin sich der Diener zu begeben hat, vom Amtssitze mehr als eine halbe Meile (3·8 Kilometer) ausmacht und nur in dem Maße, als nicht auf dem Hin- und Rückwege eine Fahrgelegenheit, die der Diener benützen kann, in Aufrechnung kommt. Das Ganggeld beträgt 23½ Kreuzer für jede Myriameter des Hin- und Rückweges. Hat der Diener auf einer Aussendung mehrere Aufträge an verschiedenen Orten zu besorgen, so gebürt das Ganggeld nach der ganzen in gehöriger Ordnung zurückgelegten Wegstrecke. Für die nicht eine Viertelmeile (2 Kilometer) be tragenden Bruchtheile eines Weges wird nichts vergütet.

§ 16. Das Ganggeld gebürt der Dienerschaft: b) Bei bürgerlichen Rechtsangelegenheiten des streitigen und nicht streitigen Richteramtes, insofern es sich nicht bloß um Zustellungen (§ 21) handelt.

§ 17. Das Zehrgeld ist, wenn der Gehalt des Dieners wenigstens 315 fl. jährlich beträgt, mit täglichen vierundachtzig Kreuzern, und wenn dies nicht der Fall ist, mit täglichen sechsundfünfzig Kreuzern zu berechnen.

§ 18. Das Zehrgeld kann der Diener aufrechnen, wenn er a) bei Vollziehung eines ämtlichen Auftrages in einer anderen dienstlichen Aussendung über Nacht ausbleiben muss, oder b) einen auf Commission ausgesendeten Beamten zu begleiten hat. In diesem Falle wird dem Diener, wenn er das Transportmittel des Beamten mitbenützen kann (§ 7), kein Ganggeld bewilligt. — Das Zehrgeld ist auch bei einer einmaligen Uebernachtung für zwei Tage zuzugestehen (J. M. E. v. 29. April 1863, Z. 3543).

§ 19. Die Gang- und Zehrgelder der Diener werden vom Amtsvorstande adjustiert und der Dienerschaft nach verrichtetem dienstlichem Auftrage aus dem Amtsverlage (§ 28) bezahlt. Die hierüber nach einem eigenen Formulare geführte Consignation, welche auch die Empfangsbestätigung des Dieners zu enthalten hat, ist der Verlagsrechnung anzuschließen.

§ 21. Wenn in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten in oder außer Streitsachen von der Dienerschaft (§ 14) Zu-

Digitized by Google

stellungen außer dem Amtsorte vorzunehmen sind, so ist für jede einzelne in einer Entfernung von mehr als einer halben Meile (3·8 Kilometer) vom Amtsorte besorgte Zustellung, ohne weitere Unterscheidung der zurückgelegten Wegstrecke, eine Zustellungsgebür von zehn Kreuzern ($17^1/_2$ Kreuzern) zu Handen des zustellenden Dieners zu entrichten. Ist in den Fällen b und c des § 16 zugleich eine, die nämliche Amtshandlung oder denselben ämtlichen Auftrag betreffende Zustellung zu besorgen, so darf dafür eine besondere Zustellungsgebür neben dem Ganggelde nicht gefordert werden.

§ 22. Die zu entrichtende Zustellungsgebür ist sowohl im Zustellungsbuche, als auch auf dem zuzustellenden Schriftstücke ersichtlich zu machen; auf letzterem hat der Diener auch den Empfang zu bestätigen und auf Verlangen der zahlenden Partei auch eine besondere Empfangsbestätigung auszustellen.

§ 23. Die eingehobenen Zustellungsgebüren sind von der Dienerschaft an den Amtsvorstand oder einen von ihm hiezu bezeichneten Beamten abzuführen und werden monatlich oder auch in kürzeren Zeitabschnitten nach der Bestimmung des Amtsvorstandes unter die in diesem Geschäfte verwendeten Diener unter billiger Bedachtnahme auf das Verhältnis ihrer Verwendung vertheilt.

§ 24. Die Vergütung der Commissions- und Reisekosten der Beamten, dann der Zehr- und Ganggelder und endlich der Zustellungsgebür für alle über eine Eingabe oder ein anderes ämtliches Anbringen erflossenen Erledigungen, selbst wenn deren Zustellung nicht vollständig bewirkt werden konnte, obliegt in der Regel derjenigen Partei oder deren Bevollmächtigten, welche durch ihr Einschreiten die behördliche Erledigung oder Anordnung veranlasst hat, unbeschadet des allfälligen Anspruches auf Rückersatz an die Gegenpartei oder an einen Dritten. Wird eine Eingabe jemanden um seine Aeußerung mitgetheilt, so ist die Gebür für die Zustellung der über die Aeußerung ergehenden Erledigung von derjenigen Partei, welche durch ihre Eingabe die Aeußerung veranlasst hat, einzuheben. Bei gerichtlichen Zustellungen in nicht streitigen Angelegenheiten trifft die Zahlung der Zustellungsgebür, wenn der Erlass über ein Einschreiten erfolgt ist, worin die Partei kein auf den eigenen Vortheil gerichtetes Begehren gestellt, sondern nur das Interesse eines Dritten bezweckt hat, denjenigen, zu dessen Vortheil das Einschreiten gemacht wurde.

§ 25. Die Finanzprocuraturen sind in den ihrer Vertretung zugewiesenen, nicht den Staatsschatz betreffenden Angelegenheiten, und insofern es sich um Zustellungen in Civilrechtssachen handelt, auch in den, den Staatsschatz betreffenden

Digitized by Google

Angelegenheiten gleichfalls zu den, den Parteien obliegenden Zahlungen verpflichtet.

§ 27. Wird eine andere Behörde um eine Amtshandlung ersucht, für welche deren Beamte, Diener oder Diurnisten eine Vergütung an Commissions- oder Reisekosten, an Zehrgeldern, Ganggeldern oder Zustellungsgebüren anzusprechen haben, so werden die, den Beamten, Diurnisten und Dienern gebürenden Beträge, insoferne sie nicht sogleich von den Parteien den Dienern zu vergüten sind, aus dem Amtsverlage der requirierten Behörde vergütet, ohne Unterschied, ob sie selbst oder die requirierende Behörde die allfälligen Ersätze der Partei für das Aerar einzuheben hat. Kommen solche Auslagen bei Amtshandlungen vor, die auf Ersuchen ausländischer Behörden vorgenommen werden, so ist die ausländische Behörde um die Berichtigung der, aus dem Amtsverlage vergüteten Gebüren zu ersuchen und der eingehende Ersatz für das Aerar zu verrechnen.

§ 28. Jeder Gerichtshof erster Instanz, dann die Bezirksgerichte werden zum Behufe der vorschussweisen und reellen Vergütung der Commissions- und Reisegebüren der Beamten, der Zehrgelder der Dienerschaft und der Diurnisten und der Ganggelder der Diener und zum Behufe der Vorschussleistung für Zustellungsgebüren (§ 26) mit einem besonderen Amtsverlage auf Reisekosten und derlei Gebüren, gegen Empfangsbestätigung des Amtsvorstandes, versehen. Der Amtsvorstand ist berechtigt, wenn der Verlag bis auf ein Drittheil des ursprünglichen Betrages erschöpft ist, die Ergänzung desselben anzusuchen. Ueber den Amtsverlag hat der Amtsvorsteher halbjährig die ordnungsmäßig instruierte Rechnung zu legen. Nach erfolgter Censurierung der Rechnung wird die zur Ergänzung des Verlages auf seine ursprüngliche Höhe erforderliche Summe aus der betreffenden Staatscasse als zahlbar angewiesen. Die Zahlung erfolgt gegenwärtig aus dem allgemeinen Amtsverlage (J. M. E. vom 30. November 1865, Z. 10377).

§ 29. Verweigert eine zahlungspflichtige Partei die Berichtigung der ihr nach dieser Verordnung aufgerechneten Beträge aus unstatthaften Gründen, oder ist die unmittelbare Einhebung von derselben nicht zu bewerkstelligen, so ist sie zur Zahlung der schuldigen Gebüren binnen einer kurzen Frist unter Androhung der Execution aufzufordern. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist ist gegen die säumige Partei, wenn es sich um in politischen Angelegenheiten aufgelaufene Gebüren handelt, nach dem § 3 der M. V. vom 20. April 1854 vorzugehen, und wenn es sich um Gebüren in gerichtlichen Geschäften handelt, die Pfändung und Schätzung der zur Deckung des Ausstandes genügenden Fahrnisse vorzunehmen, die Ver-

Digitized by Google

äußerung derselben bei der nächsten gerichtlichen Feilbietung anzuordnen, und aus dem Erlöse der Ausstand sammt den allfälligen Executionskosten zu berichtigen.

Nach der M. V. vom 19. December 1858, Nr. 1 R.-G.-Bl. f. 1859, ist bei Zustellungen in einer Entfernung von mehr als einer halben Meile (3·8 Kilometer) vom Amtsorte die Zustellungsgebür mit 17½ Kreuzern und zwar für jedes zugestellte Exemplar des Actes, wenn aber mit einer Zustellung zugleich eine Amtshandlung in Sachen derselben Partei erfolgt, keine Zustellungsgebür, sondern nur das Ganggeld zu entrichten.

Das Ganggeld beträgt 23½ Kreuzer für jeden Myriameter des Hin- und Rückweges. Für die nicht 2 Kilometer betragenden Bruchtheile des Weges wird bei einer infolge des dritten Absatzes des § 15 vorgenommenen Berechnung der Wegesstrecke nichts vergütet (M. V. v. 28. Juni 1876, Nr. 97 R.-G.-Bl.).

In jenen Fällen, in denen die durch die Vornahme von Realexecutionen erwachsenen Auslagen zunächst von dem Aerar zu tragen sind, haben die diesfälligen Aufrechnungen particularmäßig zu erfolgen, sind mit der Bestätigung des Amtsvorstandes vor der Auszahlung von dem Rechnungsdepartement zu adjustieren (J. M. E. v. 13. Jänner 1873, Z. 16665).

2. Ohne Anspruch auf Rückersatz hat die Partei nachfolgende Kosten zu tragen oder zu bezahlen: die durch Zwischenfälle entstandenen Kosten (§ 48), die Mehrkosten, welche durch die Zustellung unter Advocaten entstehen (§ 113), die Kosten der Verlängerung einer Frist oder Erstreckung einer Tagsatzung (§ 142), die Kosten der Wiedereinsetzung (§ 154), der stenographischen Aufzeichnung einer Beweisaufnahme (§ 280), die Mehrkosten der Ladung von Zeugen vor das erkennende Gericht (§ 328).

3. Von dem Grundsatze, dass die Partei die durch ihre Processhandlungen verursachten Kosten zunächst selbst zu bestreiten habe, macht das Gesetz folgende Ausnahmen:

Die Bestellung des gemeinschaftlichen Zustellungsbevollmächtigten für säumige Streitgenossen erfolgt nach § 97 auf deren Kosten.

Die Kosten einer durch Nichterscheinen beider Parteien vereitelten Tagsatzung trägt nach § 142 jede Partei zur Hälfte.

Der Bevollmächtigte, der durch ungehöriges Benehmen die Erstreckung einer Tagsatzung veranlasst hat, trägt die Kosten der vereitelten Tagsatzung und der Erstreckung (§ 200).

§ 41. Die in dem Rechtsstreite vollständig unterliegende Partei hat ihrem Gegner, sowie dem diesem beigetretenen Nebenintervenienten alle durch die Processführung verursachten, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung

Digitized by Google

nothwendigen Kosten zu ersetzen. Welche Kosten als nothwendig anzusehen sind, hat das Gericht bei Feststellung des Kostenbetrages ohne Zulassung eines Beweisverfahrens nach seinem von sorgfältiger Würdigung aller Umstände geleiteten Ermessen zu bestimmen.

Soweit das Maß der Entlohnung des Advocaten oder sonst die Höhe der Kosten durch Tarife geregelt ist, hat die Feststellung des Kostenbetrages nach diesen Tarifen zu geschehen.

Die Vorschriften des ersten Absatzes gelten insbesondere auch hinsichtlich der Kosten, welche durch die Zuziehung eines nicht am Sitze des Processgerichtes oder des ersuchten Richters wohnenden Advocaten entstanden sind. Die Kosten, welche dadurch verursacht wurden, dass für die nämliche Partei mehrere Advocaten beigezogen wurden, sind jedenfalls nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten der Beiziehung eines Advocaten nicht übersteigen, oder als in der Person des Advocaten ein Wechsel eintreten musste.

1. Gegenstand der Erstattungspflicht sind die durch den Process entstandenen Kosten der Partei, ohne Rücksicht darauf, ob dieselben an das Gericht oder einen anderen Zahlungsempfänger gezahlt sind. Außerhalb des Processkostenersatzes liegen Schadensansprüche, deren Fundament nicht allein durch die Thatsache des Obsiegens im Rechtsstreite, sondern durch weitere Umstände begründet wird. Solche Forderungen sind in besonderem Processe zu verfolgen (Motive der Civilprocessordnung für das deutsche Reich, S. 111 ff.).

Die Vorschrift betrifft daher nur die Processkosten, d. h. die zur Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung im Rechtsstreite aufgewendeten Kosten, welche als Accessorium des Streitgegenstandes behandelt und daher der Partei auferlegt werden, welche in der Hauptsache unterliegt. Sie betrifft dagegen nicht die nur mittelbar durch den Rechtsstreit verursachten Schäden. Wenn etwa der Partei, weil sie einem auswärtigen Termine anwohnen musste, der Gewinn einer auf die gleiche Zeit eingeleiteten oder ihr eröffneten Speculation oder aus einer auf diese Zeit fertig zu stellenden Arbeit entgangen ist, so ist dies kein Aufwand, dessen Ersatz schon auf Grund des § 41 gefordert werden kann, sondern es sind hierüber die allgemeinen Grundsätze über Ersatz eines widerrechtlich zugefügten Schadens maßgebend (R. G. Leipzig, X, S. 410).

2. Nur die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendigen Kosten sind zu ersetzen. Das Gericht erkennt hierüber nach freiem Ermessen ohne Zulassung eines Beweisverfahrens auf Grund der Verhandlung oder der Actenlage, des Kostenverzeichnisses

Digitized by Google

und der Belege desselben (§ 54). Bezüglich aller Kosten wird die Nothwendigkeit sowohl in Beziehung auf den Grund als auf die Höhe der Auslagen. zu prüfen sein (Motive der Regierungsvorlage vom J. 1881, S. 67). Fast in jedem Rechtsstreite kommen kostenverursachende Processacte und Handlungen vor, bei welchen die Würdigung nach ihrer Relation zum Processergebnisse zu einem anderen Urtheile führt, als wenn man auch auf die sonstigen näheren oder entfernteren Folgen dieser Handlungen sieht. Eine Beweisanbietung z. B. kann vom Standpunkte des schließlich gefällten Erkenntnisses aus sich als eine der Rechtsverfolgung ungemein dienliche Processhandlung darstellen, deren Kosten deshalb die unterliegende Partei zu ersetzen hat. Aus dieser Causalität losgetrennt, für sich nach der Art ihres Auftretens im Processe und nach der Umgebung beurtheilt, in welcher jene Beweisanbietung auftritt, kann hingegen die Kostenersatzpflicht des Sachfälligen von bedenklicher Gerechtigkeit erscheinen, weil beispielsweise die durch diese Beweisanbietung veranlassten Kosten bei weitem geringer gewesen wären, wenn der Sieger diesen Beweis schon früher, zugleich mit anderen von ihm vorgebrachten Beweisen angeboten hätte. Damals wären die Kosten der Requisition durch Zuziehung dieses einen Beweises nicht erhöht worden, die spätere Anbietung dieses Beweises macht es aber nothwendig, die gesammten Requisitionskosten nochmals aufzuwenden. Diese doppelten Kosten werden dem Sachfälligen kaum aufgelastet werden können (Regierungsmotive, S. 203).

Die Kosten eines Advocaten werden immer als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendig angesehen werden müssen, da es nach § 26 ein Recht der Partei ist, sich durch einen solchen vertreten zu lassen, da eine Einschränkung betreffs der Kostenersatzpflicht vom Gesetze nur betreffs der nicht am Sitze des Gerichtes wohnenden Advocaten bestimmt wird und die allgemeinen einschränkenden Bestimmungen der früheren Processentwürfe betreffs des Parteienprocesses ausgelassen worden sind.

Die zur Beschaffung der Information erforderlichen und aufgewandten Auslagen können als zu den erstattenden Kosten gehörig gerechnet werden und es ist von dem Gerichte nur darüber zu befinden, ob und in welchem Umfange dieselben im einzelnen Falle nothwendig waren (O. L. G. zu Braunschweig, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 76).

Falls die Information des Processbevollmächtigten durch einen anderen Anwalt vermittelt wurde, können die bezüglichen Kosten von dem Processgegner verlangt werden, wenn Dienste in Frage stehen, welche von dem Processanwalte nicht geleistet werden konnten, also ihm von einer anderen Person ge-

Digitized by Google

leistet werden mussten und die bezüglichen Kosten als nothwendig erscheinen (Oberstes L. G. f. Bayern, Fuchsberger Ergänzungsband, S. 76). Der Aufwand für Wege der Partei zu ihrem Processbevollmächtigten fällt dagegen nicht unter den Begriff der Kosten des Rechtsstreites (O. L. G. Jena, Fuchsberger, S. 153).

Die Kosten, welche der siegreichen Partei durch die Zuziehung eines Sachverständigen zur Beschaffung des zur Begründung der Klage (oder Klagebeantwortung) erforderlichen Materiales erwachsen sind, gehören zu den Processkosten (R. G. zu Leipzig, Fuchsberger Ergänzungsband, S. 75).

Desgleichen die Kosten für eine nothwendige Localbesichtigung durch den Anwalt, die Kosten für die Herstellung eines nothwendigen Situationsplanes (Wilmowski. S. 167). Die Kosten der Streitverkündigung (R. G. Leipzig, VI, 390).

Bei Beurtheilung der nothwendigen Kosten wird insbesondere auf die gesetzlichen Bestimmungen über Inhalt und Umfang der Schriftsätze Rücksicht zu nehmen sein, um der zwecklosen Weitläufigkeit der Schriftsätze vorzubeugen. Rechtsausführungen, Beweisdeductionen, Raisonements anderer Art sind aus den vorbereitenden Schriftsätzen ausgeschlossen, auf diese kann bei der Verhandlung auch ohne Einholung besonderer Informationen erwidert werden. Was in einen vorbereitenden Schriftsatz gehört, ist in demselben knapp und übersichtlich darzustellen; die vorbereitenden Schriftsätze dürfen keine Satzschriften werden (Regierungsmotive, S. 212), und wenn das Gesetz (§ 44, 49) selbst die Verfällung des obsiegenden Gegners oder seines Anwaltes zum Kostenersatze in solchen Fällen für zulässig erklärt, wird die Herabsetzung der Processkosten auf das nothwendige Maß bei solchen Schriftsätzen gewiss im Geiste desselben liegen. Desgleichen wird bei ganz oder doch in dem beantragten Umfange unnöthigen Beweisaufnahmen die Herabsetung der dadurch verursachten Kosten auf das nothwendige Maß zu erfolgen haben.

3. Ersatzpflichtig ist die unterliegende Partei, auch wenn sie das Armenrecht genießt (Motive des Ausschusses des Abgeordnetenhauses, S. 23), jedoch nicht im weiteren Sinne der §§ 39, 5, nach welchen unter Partei auch deren gesetzliche Vertreter und Bevollmächtigte verstanden werden, sondern das Rechtssubject, in dessen Namen der Process von ihr oder ihrem legitimierten Vertreter geführt wird. Der einstweilen zugelassene Bevollmächtigte hat jedoch die Kosten selbst zu tragen, wenn er die Bevollmächtigung nicht nachweist (§ 38, Anm. 4). Nur die vollständig unterliegende Partei hat die Processkosten zu tragen; für theilweises Obsiegen oder Unterliegen enthält der § 43 besondere Bestimmungen. Wenn

Digitized by Google

die Abweisung der Klage für dermalen erfolgt, muss der Kläger als in dem Processe vollständig unterliegend die Processkosten zahlen (E. d. O. G. H., Nr. 5639).

Diese Bestimmungen sind auch auf die vorfallenden Incidenzstreitigkeiten anzuwenden (E. d. O. G. H.. Nr. 5604, 6229), so bei den Kosten der Verhandlung über die Zulassung eines Beweises zum ewigen Gedächtnisse (E. d. O. G. H., Nr 6505, 6529, 8576), bei den Kosten der Verhandlung über die Klagscaution (E. d. O. G. H., Nr. 6673, 7784, 8938, 12219). Desgleichen sind die Vorschriften über den Ersatz der Processkosten anwendbar bei Verhandlungen, denen eine Klage nicht zugrunde liegt, z. B. die Kosten der Verhandlung über die Löschung einer grundbücherlichen Vormerkung (E. d. O. G. H., Nr. 11482), die Kosten der Verhandlung über den Einspruch gegen den beabsichtigten Tausch von Grundstücken nach dem Gesetze v. 6. Februar 1869, Nr. 18, R.-G.-Bl., die Kosten der Verhandlung über das Begehren des Hypothekargläubigers um Ausscheidung des Zugehöres der Hypothek aus dem Pfändungsprotokolle (E. d. O. G. H., Nr. 12285).

Dagegen sind die Kosten der Vernehmung der Erbsprätendenten behufs Vertheilung der Parteirollen im Erbrechtsprocesse im Sinne des kais. Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208 R.-G.-Bl., nicht zu ersetzen, weil dies kein Streitverfahren ist (E. d. O. G. H., Nr. 7660); desgleichen nicht die Kosten der Verhandlung über ein Gesuch um Eröffnung des Concurses gemäß § 63 C. O. oder die Kosten der ohne Einvernehmung der Parteien ergehenden Erledigungen in Grundbuchssachen (E. d. O. G. H., Nr. 10162).

Ueber die Executionskosten enthält der § 74 der Executionsordnung besondere Bestimmungen. Es gibt aber auch Fälle, wo nach der Rechtskraft des Urtheiles gerichtliche Schritte mit Kosten verbunden sind, welche weder bei Bestimmung der Processkosten berücksichtigt werden konnten, noch zu den Executionskosten gehören, deren Ersatz aber, als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gehörig, der Partei gebürt, z. B. die Kosten des Gesuches um die Löschung der Anmerkung einer nachher rechtskräftig abgewiesenen Klage (E. d. O. G. H., Nr. 6307, 8490), die Kosten der Zurückstellung der Klagscaution (E. d. O. G. H., Nr. 6665, 11572), die Kosten einer im Exscindierungsstreite behufs Sistierung der Execution erlegten Caution (E. d. O. G. H., Nr. 7089).

4. Die Kosten sind dem Gegner zu ersetzen, also demjenigen, dessen Begehren in der Hauptsache stattgegeben worden ist, mag es auch, z. B. bei Geständnissen, Contumazien zu einem Rechtsstreite gar nicht gekommen sein. Bei dem Zwischen-

Digitized by Google

streite über die Editionspflicht hat der Besitzer der Urkunde gemäß § 308 Anspruch auf Ersatz der Kosten. Die Erneuerung einer unleserlich gewordenen Urkunde erfolgt auf Kosten des Antragstellers (§ 317).

Bei der Bestimmung der Kosten, welche von der unterliegenden Partei zu ersetzen sind, musste auch auf die Kosten Rücksicht genommen werden, deren Ersatz der Nebenintervenient, welcher der obsiegenden Partei beigetreten ist, beanspruchen kann (Motive des Entwurfes v. J. 1881).

Die Kosten des Nebenstreites wegen Zulassung des Nebenintervenienten (§ 18) gehören nicht hierher, deren Ersatz ist in dem Beschlusse über die Zulassung oder Zurückweisung des Nebenintervenienten auszusprechen und kann nur dann dem Endurtheile vorbehalten werden, wenn der Processgegner der unterstützten Hauptpartei die Zulässigkeit der Nebenintervention bestreitet und der Nebenintervenient zugelassen wird, denn sonst ist mit dem Beschlusse der Zwischenstreit abgeschlossen. In diesem Zwischenstreite können die Kosten dem Intervenienten sowohl gegen den Processgegner im Hauptprocesse als gegen die von ihm zu unterstützende Hauptpartei zugesprochen, resp. auferlegt werden, weil beiden Parteien das Bestreitungsrecht zusteht.

Anders verhält es sich mit den Processkosten des Hauptprocesses. Diese können dem Nebenintervenienten nur, wenn seine Partei obsiegt, und nur gegen den Processgegner, der unterliegt, zugesprochen werden. Für die dem Nebenintervenienten entstandenen Kosten haftet die unterstützte Hauptpartei nicht und ebenso nicht der Nebenintervenient für die Kosten der letzteren (Wilmowski, S. 183). Wenn auch das Gesetz nur von den dem Nebenintervenienten zu ersetzenden Kosten spricht, so ist es doch selbstverständlich, dass der Nebenintervenient in gleichem Maße, als er berechtigt erscheint, dem Processgegner für die durch ihn verursachten Kosten verpflichtet ist.

Mithin hat die unterliegende Partei an und für sich auch dem der siegenden Gegenpartei zulässiger Weise beigetretenen Nebenintervenienten die demselben erwachsenen Kosten zu ersetzen, dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die Nebenintervention zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung der unterstützten Partei nothwendig war (O. L. G. Hamburg, Fuchsberger, S. 192).

Abgesehen von dem Falle des § 20, wo der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei gilt, sind die durch die Nebenintervention verursachten Kosten von den übrigen Processkosten zu sondern, so dass der Nebenintervenient nur

Digitized by Google

die durch die Nebenintervention als solche verursachten Kosten und diese zum Vollen, die unterstützte Hauptpartei dagegen nur die von der Nebenintervention unabhängigen Kosten und diese ebenfalls zum Vollen zu tragen (O. L. G. Hamburg, Fuchsberger, S. 191), bezw. zu ersetzen hat.

Deshalb muss im Urtheile der Zuspruch der Kosten für und gegen den Nebenintervenienten von dem Kostenzuspruch für und gegen die unterstützte Hauptpartei gesondert werden, da sonst die besondere Anführung des Nebenintervenienten neben der obsiegenden Partei im § 41 keine Bedeutung hätte. Da der Nebenintervenient einen eigenen Anwalt bestellen kann (R. G. zu Leipzig, XIII., S. 433), da er nach § 19 Processhandlungen vornehmen kann, ist es leicht möglich, dass er besondere Kosten zu ersetzen oder anzusprechen hat.

5. Das freie Ermessen des Gerichtes über die Nothwendigkeit der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendigen Kosten erstreckt sich auch auf die einzelnen Leistungen des als Bevollmächtigten beigezogenen Advocaten.

Der Absatz 2 des § 41 hebt nur zwei Fälle heraus, in denen es dem Richter besonders zur Pflicht gemacht wird, die durch die Beiziehung eines Advocaten wirklich erwachsenen Kosten dem Gegner gegenüber auf das nothwendige Maß zu beschränken. Es sind dies die Fälle der Beiziehung eines auswärtigen Advocaten und die Fälle der Beiziehung mehrerer Advocaten für eine Partei. Für die Beiziehung eines auswärtigen — nicht am Sitze des Gerichtes wohnenden — Advocaten haftet die Gegenpartei, besondere Fälle ausgenommen, weder betreffs der bei dem Processgerichte, noch betreffs der bei einem anderen Gerichte — vor dem ersuchten Richter — unter seiner Intervention vorzunehmenden Amtshandlungen. Reisekosten eines auswärtigen Anwaltes zu der mündlichen Verhandlung vor dem Processgerichte oder zu einer Beweisaufnahme vor dem ersuchten Richter werden, letztere selbst dem Processbevollmächtigten, nur dann zu ersetzen sein, wenn es entweder die Wichtigkeit oder der Wert des Streitgegenstandes rechtfertigt, wenn am Sitze des Processgerichtes kein Rechtsbeistand wohnhaft ist, oder wenn die Reisekosten nicht bedeutend höher sind, als es die Mehrkosten der Information eines am Sitze des ersuchten Richters wohnhaften Advocaten wären.

6. Unter der Zuziehung mehrerer Advocaten für eine Partei ist nur die Zuziehung derselben für eine Person zu verstehen. Im Falle Streitgenossen sich keinen gemeinschaftlichen Processbevollmächtigten bestellen, ist jeder Streitgenosse, ohne Klarlegung besonderer Umstände, welche die Bestellung

Digitized by Google

eines Advocaten zu seiner besonderen Vertretung als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig rechtfertigen, berechtigt, die Gebüren und Auslagen desjenigen Rechtsanwaltes, welcher ihn vertreten hat, von dem unterliegenden Processgegner erstattet zu verlangen (R. G. zu Leipzig, XIV., S. 395).

Nach § 41 sind die Kosten mehrerer Advocaten der obsiegenden Partei von dem Gegner nur insoweit zu ersetzen, als sie die Kosten eines Advocaten nicht übersteigen, oder als in der Person des Advocaten ein Wechsel eintreten musste. Der Ausdruck „musste“ ist einerseits nicht imperativ, also nicht von einer absoluten Nothwendigkeit des Wechsels in der Person des Processbevollmächtigten zu verstehen, andererseits nicht dahin auszulegen, dass jede Kündigung des Mandates von Seiten der Partei oder des Advocaten die Kostenerstattungspflicht des Gegners für die Bestellung mehrerer Advocaten begründe.

Auch gibt weder das Gesetz selbst, noch geben dessen Motive einen genügenden Anhaltspunkt zu einer grundsätzlichen Beurtheilung der Nothwendigkeit jenes Wechsels oder zur Aufstellung gewisser Präsumptionen für den Fall der Kündigung der Partei oder des Advocaten. Vielmehr ist die Frage in Hinblick auf den Gesammtinhalt des § 41 in jedem einzelnen Falle nach den Umständen des Falles durch freies richterliches Ermessen zu entscheiden (R. G. zu Leipzig, XV., S. 394).

Außer Tod, Verlust der Befähigung, Ausscheiden wegen hohen Alters oder aus Gesundheitsrücksichten oder wegen Ergreifung eines anderen Berufes, Wohnsitzverlegung des Advocaten, kann auch eine Kündigung des Mandates, sofern sie nicht durch die Partei verschuldet oder von ihr ohne Grund ausgegangen ist, einen Wechsel rechtfertigen (Wilmowski, S. 171).

Wird infolge der Einwendung der Unzuständigkeit oder im Sinne des § 476 ein an einem anderen Orte befindliches Gericht zuständig und erscheint die Beibehaltung des bisherigen Vertreters, der nicht am Sitze dieses Gerichtes wohnt, nicht gerechtfertigt, so ist der Wechsel des Advocaten gleichfalls ein nothwendiger.

§ 42. Für ihre persönlichen Bemühungen kann die Partei wie der Nebenintervenient bei Feststellung der Processkosten eine Vergütung nicht ansprechen. Wenn deren persönliches Erscheinen vor Gericht nothwendig war, und insbesondere wenn die Partei in dem Verfahren vor Bezirksgerichten ohne einen Bevollmächtigten erscheint, ist für den durch Zeitversäumnis

Digitized by Google

etwa entstandenen Schaden, sowie für die Reiseauslagen Ersatz zu leisten.

Wird eine Partei durch Bevollmächtigte vertreten, welche nicht dem Advocaten- oder Notariatsstande angehören, so ist der unterliegende Gegner nur zum Ersatze der Stempel- und anderen Staatsgebüren und der durch die Processführung verursachten nothwendigen Barauslagen zu verhalten. Diese Bestimmung gilt jedoch nicht für die Kostenersatzansprüche der durch die Finanzprocuratur vertretenen Parteien.

1. Weder die Partei noch der Nebenintervenient dürfen für ihre persönlichen Bemühungen unter dem Titel der Processkosten eine Entschädigung ansprechen, doch ist es ihnen nicht verwehrt, solche Ansprüche mit besonderer Klage unter dem Titel eines Schadenersatzes geltend zu machen.

Der Aufwand für Wege einer Partei von ihrem Wohnort zu ihrem Processbevollmächtigten, bezw. zum Sitze des Processgerichtes unterfällt nicht dem Begriffe der eigentlichen Kosten des Rechtsstreites. Dieser Aufwand charakterisiert sich lediglich als ein Schaden, welcher einer Partei neben den Processkosten aus der Processführung erwachsen ist. Er setzt sich zusammen aus den Ansprüchen hinsichtlich der Transportauslagen, der Zehrungskosten während der Reise und der Versäumnis an Zeit für die Partei (O. L. G. Jena, Fuchsberger, S. 153).

Auch die Bemühungen der Partei bei der Verfassung von Schriftsätzen sind nicht erstattungsfähig, wenn sie dieselben selbst verfasst hat oder durch einen gemeinen Bevollmächtigten selbst entgeltlich verfassen ließ. Dagegen sind ihr die Auslagen für solche durch einen Advocaten verfasste Schriften auch dann zu ersetzen, wenn sie bei der mündlichen Verhandlung nicht durch einen solchen vertreten wird.

2. Die Partei hat auf den Ersatz des ihr durch Zeitversäumnis etwa entstandenen Schadens sowie der Reiseauslagen nur dann Anspruch, wenn sie vor Bezirksgerichten ohne einen Bevollmächtigten erscheint, oder wenn ihr Erscheinen in anderen Fällen nothwendig war. Dies letztere zu beurtheilen, ist dem freien Ermessen des Gerichtes überlassen.

Es wird nicht nur dann der Fall sein, wenn die Partei gemäß § 183 zum persönlichen Erscheinen aufgefordert oder gemäß § 380 zur Einvernahme vorgeladen wird, sondern auch dann, wenn in der betreffenden mündlichen Verhandlung der Antrag auf ihre Einvernahme gestellt werden soll, wenn die Einvernahme des Gegners oder die Abhörung von Zeugen stattfinden soll, oder wenn vor Gerichtshöfen in Fällen, in

Digitized by Google

denen der Anwaltszwang nicht besteht, die Partei ohne einen Bevollmächtigten erscheint.

Wenn es sich um Fälle handelt, in denen es als unzweifelhaft anzunehmen ist, dass der betreffenden Partei durch die Entfernung von ihrem Wohnort und aus ihrer Berufsthätigkeit ein Vermögensnachtheil erwächst, so ist das Gericht auf Grund seiner Kenntnis der Verhältnisse des gewöhnlichen Lebens in der Lage, die Höhe des Ersatzanspruches ohne Weiteres angemessen bestimmen zu können, und wäre es als eine unnöthige Belästigung der Parteien anzusehen, wenn dieselben gezwungen würden, die beanspruchte Entschädigung besonders einzuklagen. Anders ist es, wenn das Gericht nicht in der Lage ist, ohne Weiteres einen etwaigen Schaden ermessen zu können.

Hier kann von einer Versäumnisentschädigung keine Rede sein (O. L. G. Oldenburg, Fuchsberger, S. 77, Ergänzungsband).

Zu den Reisekosten gehören auch die Zehrungsauslagen und nach der Sachlage auch die Kosten einer Fahrgelegenheit.

3. Die Vorschrift des zweiten Absatzes soll es dem Gerichte möglich machen, gewissen neuen Formen des Winkelschreiberthums entgegenzutreten, die sich namentlich in manchen größeren Städten in letzterer Zeit zeigen. Bei der Betheiligung von Bevollmächtigten aus dem Advocaten- oder Notarenstande werden allerdings unter dem Titel „Verdienst" in der Regel größere Beträge liquidiert werden, als wenn der Process von einem anderen Bevollmächtigten, z. B. von einem im Geschäfte oder im Handelsgewerbe der Partei Angestellten geführt würde. Es könnte daher scheinen, dass die Bestimmung dem Interesse der Parteien direct zuwiderlaufe, indem sie gerade die kostspieligere Vertretungsart begünstige. Doch diese Rechnung wäre unrichtig, denn es würde der große Nutzen übersehen, der aus der Intervention rechtskundiger Vertreter für die Rechtssprechung und die ganze Processerledigung resultiert.

Von allem sonstigen abgesehen entspricht es daher auch dem geringen Werte der gemeinen Bevollmächtigten für den Process, wenn das Gesetz dieselben in Bezug auf die Processkosten an die letzte Stelle setzt, und bei Intervention derartiger Bevollmächtigter auch die Gewährung solcher Entschädigung ausschließt, auf deren Zuerkennung die Partei Anspruch hat (Regierungsmotive, S. 205).

4. Der in einem Fiscalprocesse sachfälligen und in den Ersatz der Unkosten verfällten Partei soll nebst der Vergütung der Gerichtstaxen und von dem Fiscalamt sonst ausgelegten baren Gelder auch die Bezahlung des Verdienstes für die verfassten Schriften und sonstige wegen des Processes geleistete

Digitized by Google

Arbeit, sowie auch der Copierungskosten gegen richterliche Mäßigung, gleich als ob ein Advocat eingeschritten wäre, aufgetragen werden und hat der diesfällige Betrag *ad ärarium* einzufließen (H. D. v. 3. März 1785, Nr. 393 J. G. S.). Wenn das Fiscalamt in einem ihm *ex officio* zur Vertretung obliegenden Geschäfte durch Urtheil in den Ersatz der Kosten verfällt wird, muss dem Gegentheile die Vergütung der selber zur Last gefallenen Kosten ab *ärario* geleistet werden (H. D. v. 14. October 1785, Nr. 484 J. G. S.).

§ 43. Wenn jede Partei theils obsiegt, theils unterliegt, so sind die Kosten gegeneinander aufzuheben oder verhältnismäßig zu theilen. Der zu ersetzende Theil kann ziffermäßig oder im Verhältnis zum Ganzen bestimmt werden.

Das Gericht kann jedoch auch bei solchem Ausgange des Rechtsstreites der einen Partei den Ersatz der gesammten, dem Gegner und dessen Nebenintervenienten entstandenen Kosten auferlegen, wenn der Gegner nur mit einem verhältnismäßig geringfügigen Theile seines Anspruches, dessen Geltendmachung überdies besondere Kosten nicht veranlasst hat, unterlegen ist, oder wenn der Betrag der von ihm erhobenen Forderung von der Feststellung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittlung durch Sachverständige, oder von einer gegenseitigen Abrechnung abhängig war.

1. Die Bestimmung des ersten Absatzes ist eine Consequenz des Grundsatzes, dass die unterliegende Partei der obsiegenden die Processkosten zu ersetzen hat. Hält das Obsiegen dem Unterliegen die Wage, so sind die Processkosten gegen einander aufzuheben, d. h. es hat jede Partei die ihr erwachsenen Processkosten zu tragen; überwiegt auf der einen Seite der Sieg, so sind die Kosten zu theilen, und zwar verhältnismäßig. Dem gerichtlichen Ermessen ist voller Spielraum gegeben, eine mathematisch genaue Theilung ist nicht vorgeschrieben; die Theilung kann nach Quoten (aller Kosten oder einzelner Abschnitte), Quanten, oder unter Combination dieser Modalitäten erfolgen (Wilmowski, S. 172). Bei Geldforderungen, deren processuale Geltendmachung gleichmäßige Kosten verursacht hat, wird die quotientale Vertheilung der Kosten der Gerechtigkeit am besten entsprechen, so dass z. B. derjenigen Partei, welche mit vier Fünftheilen der Klagssumme obsiegt, vier Fünftheile ihrer Kosten weniger einem Fünftel der gegnerischen Kosten zu ersetzen sind.

Wird der Rechtsstreit nicht wegen des ganzen Klagsanspruches, sondern unter Anerkennung eines größeren oder geringeren Theiles desselben nur betreffs des Restes geführt, so

Digitized by Google

sind die Kosten der Klage und der ersten Verhandlung dem Kläger, die eigentlichen Processkosten aber der betreffs des strittigen Theilanspruches obsiegenden Partei zuzusprechen, resp. die einen von den anderen abzurechnen.

Wird der Klageanspruch anerkannt, jedoch betreffs der Nebengebüren der Process geführt, so bilden diese den Streitgegenstand und sind die Klagskosten und die Kosten der ersten Verhandlung von den Processkosten abzurechnen, beziehungsweise denselben zuzurechnen, welche der betreffs der strittigen Nebengebüren obsiegenden Partei zugesprochen werden.

Wird der Klageanspruch ermäßigt oder abgeändert, so kommt es auf die Ursache dieser Ermäßigung oder Modification an; je nachdem diese in dem Verhalten des Klägers oder Geklagten liegt, durch eine nachträgliche Aenderung der Umstände oder zur Verminderung weiterer Kosten veranlasst wurde, wird darin ein theilweises Unterliegen des Klägers zu suchen sein oder nicht. Die Theilung der Processkosten oder die Kostencompensation beruht auf dem Gedanken beiderseitiger sieghafter Processführung und beiderseitigen Unterliegens; dem Kläger muss der von ihm behauptete Anspruch theilweise abgestritten, ein Theil dessen, was er bestimmt und peremptorisch begehrt hat, muss ihm infolge Widerspruch des Beklagten aberkannt worden sein. Dies trifft von vornherein für Ansprüche und Forderungen nicht zu, über deren Umfang die Klage selbst sich bloß hypothetisch äußert.

Eine etwaige Restringierung wird dann als Folge des Klagebegehrens und nicht als Erfolg des Beklagten erscheinen. Der Kläger, der unter Offenlassung der Möglichkeit fordert, dass ihm nur ein geringerer Betrag gebürt, und der also eventuell nur diesen beansprucht, muss als vollständiger Sieger angesehen werden, wenn ihm gleich nur der geringere Betrag zuerkannt wird; auch bezüglich der Frage des Kostenersatzes. Diese Erwägungen leiten zur Aufnahme der Bestimmung des zweiten Absatzes (Regierungsmotive, S. 205). Vergl. § 273.

§ 44. Werden thatsächliche Behauptungen oder Beweismittel unter Umständen angebracht, aus welchen das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, dass die Partei imstande war, dieselben früher geltend zu machen, und wird durch die Zulassung eines solchen Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreites verzögert, so kann das Gericht auf Antrag oder von amtswegen der Partei, welche ein solches Vorbringen gemacht hat, auch wenn sie obsiegt, den Ersatz der Processkosten ganz oder theilweise auferlegen.

Digitized by Google

Dies gilt insbesondere auch von Anführungen und Beweisanbietungen, die bereits in einem von der obsiegenden Partei überreichten vorbereitenden Schriftsatze hätten angebracht werden sollen und deren späteres Vorbringen eine Verzögerung der Verhandlung oder der Erledigung des Rechtsstreites bewirkt hat.

1. Das Gesetz lässt Ausnahmen vom objectiven Ersatzprincipe für solche Fälle zu, in welchen auf der Seite einer Partei ein Verschulden unterläuft, oder eine Nachlässigkeit obwaltet, für die ihr die Verantwortlichkeit abzunehmen einerseits eine Ungerechtigkeit wider den Gegner wäre und andererseits sich zugleich aus processpolitischen Gründen keineswegs empfehlen würde. Der Entwurf spricht diesen Grundsatz zunächst im § 48 allgemein aus und macht von demselben dann sowohl in diesem Titel, wie in anderen Theilen der Civilprocessordnung bei der Detailregelung derartiger Complicationen Gebrauch (Regierungsmotive, S. 203).

2. Die Bestimmung des § 44 erscheint als eine Strafe der absichtlich säumigen Partei, denn es kann ihr nicht nur der Ersatz der Kosten der Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreites, sondern der Ersatz der ganzen Processkosten selbst von amtswegen auferlegt werden.

Gemäß § 179 können zwar die Parteien bis zum Schlusse der Verhandlung thatsächliche Behauptungen und Beweismittel vorbringen, aber schon der Vorsitzende kann nach § 183 die Vorlage von Urkunden anordnen, er kann nach § 183 die Vorlage solcher als Beweismittel zu benützender Urkunden, die Bekanntgabe des Namens und Wohnortes einzuvernehmender Zeugen verfügen; die Schriftsätze haben nach § 78 die bei der mündlichen Verhandlung zu stellenden Anträge, die Angabe der Beweismittel, die Klagen und Klagebeantwortungen gleichfalls die genaue Angabe der Beweismittel gemäß §§ 226, 243, zu enthalten. Die Urkunden sind gemäß § 82 über Antrag des Gegners bei Gericht zu erlegen.

Wird diesen Vorschriften nicht entsprochen und wird durch die Zulassung eines solchen verspäteten Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreites verzögert, so trifft die säumige Partei der Kostenersatz selbst an den unterliegenden Gegner als Strafe, wenn das Gericht nach freiem Ermessen die Ueberzeugung gewinnt, dass das Vorbringen hätte früher, das heißt rechtzeitig erfolgen können. Zur Vermeidung dieser Folgen kann auch nach § 258 ein besonderer Schriftsatz eingebracht werden.

§ 45. Hat der Beklagte durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage nicht Veranlassung gegeben und den in der

Digitized by Google

Klage erhobenen Anspruch sofort bei der ersten Tagsatzung anerkannt, so fallen die Processkosten dem Kläger zur Last. Er hat auch die dem Beklagten durch das eingeleitete gerichtliche Verfahren verursachten Kosten zu ersetzen.

Dem Kläger kann trotz des seinem Begehren günstigen Urtheiles, das er sich erstritten hat, der Kostenersatz auferlegt werden, wenn seine Processführung eine unnöthige war. Und als unnöthig wird sie immer anzusehen sein, wenn der Beklagte zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben und den Klagsanspruch sofort anerkannt hat. Ob ersteres der Fall, muss nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes beurtheilt werden; nach diesen wird namentlich auch zu entscheiden sein, ob der Kläger verpflichtet war, den Beklagten vor Erhebung der Klage zur Leistung aufzufordern. Es muss verlangt werden, dass der Beklagte bei der ersten Tagsatzung eine ausdrückliche Anerkennung abgebe, weil eine stillschweigende Anerkennung — wie sie etwa im Ausbleiben des Beklagten von der Verhandlungstagsatzung gefunden werden könnte — einen zu unsichern Anhaltspunkt für die Beurtheilung der Handlungsweise des Klägers bieten würde. Auf dem Erscheinen des Beklagten wird um so mehr beharrt werden können, als er sich hiedurch den Anspruch auf Ersatz der durch die unberechtigte Processführung des Klägers ihm verursachten Kosten sichert. Die Vorschrift wird insbesondere auch einer missbräuchlichen Anwendung der Klage auf Anerkennung eines Rechtsverhältnisses sowie auf Herausgabe einer Urkunde hindernd in den Weg treten (Regierungsmotive, S. 204). Neben den Feststellungsklagen werden insbesondere Negatorien- und Besitzstörungsklagen zur Anwendung des § 45 Gelegenheit geben; desgleichen Exscindierungsklagen (E. d. O. G. H., Nr. 6157). Bei Schuldklagen genügt die Anerkennung ohne Zahlung nicht, weil sich der Gläubiger einen Executionstitel verschaffen muss.

§ 46. Besteht der zum Kostenersatz verpflichtete Theil aus mehreren, in der Hauptsache nicht solidarisch haftenden Personen, so ist denselben der Kostenersatz nach Kopftheilen aufzuerlegen. Bei einer erheblichen Verschiedenheit der Betheiligung am Rechtsstreite hat jedoch das Gericht die Ersatzantheile nach dem Verhältnisse dieser Betheiligung zu bestimmen.

Sofern die zum Kostenersatze verpflichteten Personen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes in der Hauptsache solidarisch zu haften haben, erstreckt sich diese Haftung auch auf die dem Gegner zugesprochenen Processkosten. Für die Kosten, welche durch die von einzelnen Betheiligten vorgenom-

Digitized by Google

menen besonderen Processhandlungen erwachsen sind, haben die übrigen Betheiligten nicht zu haften.

1. Die Entscheidung über die Beitragsleistung zu den Gesammtkosten seitens mehrerer kostenpflichtiger Streitgenossen ist im Urtheile oder in jenem Beschlusse zu treffen, in welchem über die Verpflichtung zum Kostenersatze abgesprochen wird (§ 52). Wird keine besondere Entscheidung getroffen, so haften die mehreren Streitgenossen nach Kopftheilen.

Voraussetzung ist, dass die unterliegende Partei aus mehreren Personen bestehe, dass also eine Streitgenossenschaft vorhanden sei.

Regel ist die Zahlung der Processkosten nach Kopftheilen.

2. Bei einer erheblichen Verschiedenheit der Betheiligung der einzelnen Streitgenossen am Rechtsstreite, sei es in Beziehung auf den Streitgegenstand, sei es in Beziehung auf die Processführung, muss das Gericht die Ersatzantheile, also die Beitragsleistung nach dem Verhältnisse dieser Betheiligung bestimmen. Dem Ermessen des Gerichtes ist sonach nur die Prüfung der Erheblichkeit der Verschiedenheit der Processbetheiligung und die Art der Theilung der Kosten überlassen, welche nach Processabschnitten oder nach im Verhältnis zum Ganzen bestimmten Antheilen erfolgen kann.

3. Eine solidarische Verpflichtung zum Ersatze der Processkosten ist nur dann auszusprechen, sofern die Streitgenossen nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes in der Hauptsache solidarisch haften, mag diese Solidarhaftung in der Hauptsache angesprochen worden sein oder nicht. Eine Verpflichtung, für die Kosten solidarisch zu haften, tritt danach nicht bloß dann ein, wenn in dem bürgerlichen Rechte eine die Solidarhaftung für die Processkosten ausdrücklich anordnende Vorschrift besteht, sondern auch dann, wenn nach dem bürgerlichen Rechte in dem dem Rechtsstreite zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisse eine Solidarverbindlichkeit begründet ist (R. G. zu Leipzig, XV., S. 381).

Aber auch im Falle der Solidarhaftung haben diejenigen, welche einzelne Processhandlungen (§ 26, Anm. 2) nicht vorgenommen haben, für die durch die Vornahme solcher Processhandlungen entstandenen Kosten nicht zu haften. Für diese Kosten haften jene Betheiligten — Streitgenossen und Nebenintervenienten — welche diese Processhandlungen vorgenommen haben, was gleichfalls bei der Bestimmung der Kosten auszusprechen sein wird. Da das Gesetz eine Unterscheidung nicht aufstellt, gilt diese Bestimmung auch für die nothwendige Streitgenossenschaft des § 14, da eine Untheilbarkeit des Ausspruches

Digitized by Google

in der Hauptsache der Theilbarkeit der Kosten nicht im Wege steht.

Durch die Bestimmung des § 46 wird nur die Pflicht zur Erstattung der Kosten an den Gegner geregelt. Das Rechtsverhältnis der kostenpflichtigen Streitgenossen unter einander bestimmt sich nach den materiellrechtlichen Vorschriften, die Kostenerstattungspflicht dem Gerichte gegenüber aber nach § 40.

§ 47. Die Kosten eines abgeschlossenen Vergleiches sind, wenn nicht etwas anderes vereinbart wird, als gegenseitig aufgehoben anzusehen. Dasselbe gilt von den Kosten des durch Vergleich erledigten Rechtsstreites, soweit deren Ersatz nicht bereits einer der Parteien rechtskräftig auferlegt ist.

Bleiben Vergleichsverhandlungen erfolglos, so ist die Verpflichtung zum Ersatze der mit denselben verbundenen Kosten von der Entscheidung der Hauptsache abhängig.

1. Bezüglich der Kosten eines Vergleiches sowie eines durch Vergleich erledigten Rechtsstreites gelten in erster Linie die Vereinbarungen der Parteien. Haben die Parteien betreffs der Kosten nichts vereinbart, so sind dieselben als gegenseitig aufgehoben anzusehen. Nach den Motiven der Civilprocessordnung für das deutsche Reich, S. 115 soll dies eine Interpretationsregel zur Erleichterung von Vergleichsabschlüssen sein. Es wird angenommen, dass die Parteien die gegenseitige Aufhebung der Processkosten beabsichtigt haben, und es lässt diese gesetzliche Vermuthung nur den Gegenbeweis zu, dass etwas anderes vereinbart worden sei. Ist nichts vereinbart worden, so gilt eben die gesetzliche Vermuthung, mag diese dem Willen der Parteien entsprechen oder nicht; die Kosten der Vergleichsintimate trägt nach § 206 die darum ansuchende Partei.

2. Die bereits rechtskräftig zugesprochenen Kosten, sei es des ganzen Rechtsstreites, sei es eines durch Theilurtheil entschiedenen Anspruches oder Theilanspruches, sei es der unabhängig vom Ausgange des Processes gemäß § 48 zu vergütenden Processhandlungen, werden durch einen Vergleichsabschluss nur insoferne berührt, als die Parteien im Vergleiche eine anderweitige Vereinbarung auch betreffs dieser Kosten getroffen haben. Die noch nicht rechtskräftig zuerkannten Kosten stehen dagegen den übrigen Processkosten gleich.

Beide Bestimmungen beziehen sich sowohl auf den gerichtlichen wie auf den außergerichtlichen Vergleich (Wilmowski, S. 178). Der Schlusssatz erklärt die Kosten eines erfolglos gebliebenen Vergleichsversuches als nothwendige Kosten des Rechtsstreites; dieselben sind daher nur bezüglich der Höhe vom Gerichte zu prüfen.

Digitized by Google

§ 48. Wenn im Laufe des Verfahrens Zwischenfälle eintreten, welche einer Partei lediglich vermöge des Verschuldens des Gegners oder eines dem letzteren widerfahrenen Zufalles Kosten verursachen, so kann ihr das Gericht auf Antrag oder von amtswegen den Ersatz dieser Kosten unabhängig vom Ausgange des Rechtsstreites zusprechen.

Die Partei, welcher der Ersatz solcher Kosten bereits während des Rechtsstreites zugesprochen wurde, ist zu deren Wiedererstattung auch dann nicht verpflichtet, wenn sie in der Hauptsache zum Ersatze der Gerichtskosten verurtheilt wird.

Im § 48 wird das Princip der Kostenseparation, der Kostenersatzpflicht für einzelne Zwischenfälle des Verfahrens unabhängig vom Ausgange des Processes generell geregelt (§ 44, Anm. 1). Für einzelne Fälle, so für Verlängerungen von Fristen und für Erstreckungen von Tagsatzungen (§ 142), für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 154) wird die Kostenersatzpflicht besonders geregelt und gelten diesbezüglich die betreffenden besonderen Bestimmungen, welche sich von denen des § 48 insbesondere dadurch unterscheiden, dass dort der Kostenersatz ausgesprochen werden muss, während hier die Entscheidung von dem Ermessen des Gerichtes abhängt.

Ein Verschulden des ersatzpflichtigen Gegners ist nicht erforderlich, schon ein demselben widerfahrener Zufall kann ihn ersatzpflichtig machen, doch wird nach den Motiven (S. 203) eine Nachlässigkeit auf seiner Seite erfordert, für die ihm die Verantwortlichkeit abzunehmen eine Ungerechtigkeit wider die Gegenpartei wäre. Andernfalls würde sich auch diese Vorschrift nicht mit den übrigen Bestimmungen über die Kostenpflicht, z. B. mit dem Ersatze der Kosten eines neu eintretenden Advocaten (§ 41) in Uebereinstimmung bringen lassen, denn ein Wechsel des Advocaten während des Processes ist mindestens ein der Partei widerfahrener Zufall.

Die Wiedererstattung solcher bereits zugesprochener Kosten kann auch bei dem späteren Obsiegen der ersatzpflichtigen Partei in der Hauptsache nicht ausgesprochen werden; die Kostenpflicht ist und bleibt unabhängig vom Ausgange des Processes. Voraussetzung des Zuspruches jedoch ist, dass die Gegenpartei nach § 54 das Kostenverzeichnis eingelegt hat. Der Kostenersatz muss auferlegt werden bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 154). Er soll auferlegt werden auf Antrag — nicht von amtswegen — bei Fristverlängerungen und Tagsatzungserstreckungen (§ 142).

§ 49. Gesetzlichen Vertretern, Advocaten und anderen Bevollmächtigten kann vom Gerichte auf Antrag oder von amts-

Digitized by Google

wegen auferlegt werden, diejenigen Kosten zu tragen oder zu ersetzen, welche sie durch ihr grobes Verschulden verursacht haben.

Dies gilt insbesondere auch von den Mehrkosten, welche aus groben Verschulden entweder durch Aufnahme nicht zur Sache gehöriger Anführungen in die Schriftsätze oder durch überflüssige Weitläufigkeiten in den Schriftsätzen verursacht wurden.

Sofern die Entscheidung nicht in das Urtheil in der Hauptsache aufgenommen wird, hat sie mittels Beschluss zu erfolgen. Vor der Entscheidung ist der betheiligte Vertreter oder Bevollmächtigte zu hören. Der Beschluss ist nach Rechtskraft in das Vermögen dieser Personen vollstreckbar.

1. Abgesehen von der Vorschrift des zweiten Absatzes, welche für eine wichtige Beziehung die Frage löst, ob eine schuldbare Schadenszufügung vorliege, ist die Bedeutung des § 49 vorwiegend eine processuale, insoferne er den weitwendigen Umweg des Regressprocesses ersparen hilft und gleich im Hauptprocesse die Ersatzpflicht eines Vertreters oder Bevollmächtigten festzustellen gestattet. Welcher Vortheil damit erreicht wird, bedarf keiner besonderen Auseinandersetzung. Mit der Bestimmung des § 49 wird allerdings von der Regel abgewichen, dass die Kostenerstattungspflicht Parteipflicht sei (§ 41); wenn aber das ganze Rückgriffverfahren um einen so geringen Preis zu vermeiden ist, wird man wohl nicht zögern, eine unmittelbare Verurtheilung der Vertreter oder Bevollmächtigten zuzulassen und um jener Vortheile willen über diese Modification der Regel hinwegzusehen.

Die Verfällung in den Kostenersatz oder — bei Processacten, für welche der Vertreter von der Partei noch keine Zahlung erhalten hat — die Verurtheilung zur Tragung der Kosten, soll auch von amtswegen stattfinden können. Dies ist nothwendig, weil der rechtsunkundigen, mit den Formen des Processes nicht vertrauten Partei selten klar werden wird, ob und wann sie zu einem solchen Anspruche gegen ihren Vertreter legitimiert wäre, daher die Abhängigkeit von einer Antragstellung der Partei die Lebensfähigkeit dieser Vorschrift in Frage stellen würde (Regierungsmotive, S. 204).

2. Im Regierungsentwurfe für alle Fälle der Nachlässigkeit und des Verschuldens festgestellt, wurde die Kostenersatzpflicht der Vertreter und Bevollmächtigten vom Ausschusse des Abgeordnetenhauses auf die Fälle groben Verschuldens eingeschränkt, wobei der Ausschuss der Meinung war, dass dieser Ausdruck keineswegs mit auffallender Sorglosigkeit und schuldbarer Unwissenheit des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches identisch sei (Motive, S. 22). Die processuale Haftung der

Digitized by Google

Vertreter und Bevollmächtigten deckt sich daher mit ihrer civilrechtlichen Verantwortung nicht, erfordert vielmehr ein höheres Maß von Verschulden.

Was als grobes Verschulden anzusehen ist, ist eine thatsächliche, aus den begleitenden Umständen zu beantwortende Frage, dasselbe wird der culpa lata des römischen Rechtes, der crassen Ignoranz (einem nicht entschuldbaren Irrthum) gleichkommen. Das Einlegen eines Rechtsmittels gegen einen gesetzlich unanfechtbaren Beschluss gilt als grobes Verschulden (R. G. zu Leipzig, Fuchsberger, S. 194). Dagegen gilt ein Schreibfehler in einem Schriftsatze nicht dafür (R. G. zu Leipzig, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 100). Die Verurtheilung zum Kostenersatze kann zu Gunsten der eigenen Partei oder zu Gunsten des Processgegners erfolgen; ein Verschulden des Substituten verantwortet der Advocat. Dieselbe bezieht sich nur auf die Kosten des gegenwärtigen Processes (O. L. G., Dresden; Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 100).

3. Die Einführung einer solchen unmittelbaren Kostenhaftung ist zugleich ein Glied in der Kette derjenigen Veranstaltungen, welche dem neuen Verfahren den Charakter der Mündlichkeit zu sichern bestimmt sind. Es soll damit der Wiederkehr weitschweifiger, mit allen möglichen überflüssigen Vorbringen angefüllter Satzschriften vorgebeugt und dafür gesorgt werden, dass die vorbereitenden Schriftsätze nicht alsbald, in eine alte Tradition zurückfallend, ihrem eigentlichen Zwecke entfremdet werden: den Gegner über den Inhalt des für die Verhandlung in Aussicht genommenen thatsächlichen Vorbringens und über die Beweisanbietungen kurz und übersichtlich soweit zu informieren, als er es absolut braucht, um sich auch seinerseits für die Verhandlung genügend vorbereiten zu können (Regierungsmotive, S. 204).

Diesen Zweck verfolgt der zweite Absatz, welcher vom Ausschusse des Abgeordnetenhauses ausgeschieden, von der gemeinsamen Conferenz jedoch wieder aufgenommen worden ist.

Unabhängig von der Kostenersatzpflicht, kann der Advocat gemäß § 179 wegen verspäteten Vorbringens von thatsächlichen Behauptungen und Beweismitteln zu einer Ordnungsstrafe verurtheilt werden.

4. Dass die Interessen des Vertreters nicht gefährdet werden und ihm die volle Gelegenheit zur Widerlegung irrthümlicher Anschauungen über die Natur des Aufwandes und die Beschaffenheit der fraglichen Processhandlung zutheil wird, dafür sorgt die Bestimmung des Absatzes 3 (Regierungsmotive, S. 204).

Digitized by Google

Der betheiligte Vertreter oder Bevollmächtigte ist vor der Entscheidung zu hören, d. h. vorzuladen oder zur schriftlichen Aeußerung aufzufordern.

§ 50. Die Bestimmungen der §§ 40 bis 49 sind auch für das Rechtsmittelverfahren und für die Entscheidungen maßgebend, welche von den Gerichten zweiter und dritter Instanz über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens, sowie im Falle der Aenderung einer untergerichtlichen Entscheidung, über die Kosten des gesammten vorangegangenen Verfahrens zu fällen sind. Der Umstand, dass eine Partei Sprüche der unteren Instanzen für sich hat, ist für die Frage des Kostenersatzes nicht maßgebend.

Bei der Entscheidung der Gerichte zweiter und dritter Instanz über die Appellations- und Revisionskosten ist nur das Obsiegen oder Unterliegen in der Hauptsache, nicht aber der Erfolg der Beschwerdeführung als maßgebend zu betrachten (E. d. O. G. H., Spr. Reg. 79, Nr. 5786).

Die sofortige Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens im Falle der Zurückweisung der Sache an die erste Instanz ist unzulässig (E. d. O. G. H., Nr. 7280, 7723.)

Hat eine Berufung oder Revision keinen Erfolg, so sind dem Berufungsgegner, auch wenn er in der vorhergehenden Instanz zum Ersatze der Processkosten verurtheilt worden ist, die Kosten der Berufungs- oder Revisionsinstanz zuzusprechen. Hat dagegen ein Rechtsmittel ganz oder theilweise Erfolg, so ist über die Kosten aller bisherigen Instanzen nach den allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden. Wird das seinem ganzen Inhalte nach angefochtene Urtheil lediglich im Kostenpunkte abgeändert, so hat der Berufungswerber die Kosten seines Rechtsmittels selbst zu tragen (E. d. O. G. H., Nr. 6610) und dem in der Hauptsache obsiegenden Gegner die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zu ersetzen. Auch wenn ein contradictorisches Verfahren nicht vorausging, sind dem in Streitsachen mit seinem Recurse obsiegenden Theile die Recurskosten in der Recursentscheidung zuzuerkennen, wenn es sich nicht lediglich um eine die Processleitung betreffende Verfügung handelt, in welchem Falle der Ausspruch über die Recurskosten der Endentscheidung vorbehalten zu bleiben hat (E. d. O. G. H., Spr. Rep. 121, Nr. 10.560).

§ 51. Wenn das Verfahren infolge eines Rechtsmittels oder von amtswegen aufgehoben oder dessen Nichtigkeit ausgesprochen wird, und wenn es zugleich einer der Parteien zum Verschulden zugerechnet werden kann, dass das Verfahren trotz des vorhandenen Aufhebungs- oder Nichtigkeitsgrundes eingeleitet oder fortgeführt wurde, oder wenn der Grund der Aufhebung

Digitized by Google

im Verschulden einer Partei selbst gelegen ist, so kann dieser Partei auf Antrag oder von amtswegen der Ersatz der Kosten des aufgehobenen Verfahrens, sowie des etwaigen Rechtsmittelverfahrens auferlegt werden.

Sofern die Nichtbeachtung des vorhandenen Aufhebungs- oder Nichtigkeitsgrundes auf einem offenbaren groben Verschulden des Gerichtes beruht oder ein offenbares grobes Verschulden des Gerichtes die Aufhebung des Verfahrens verursacht hat, kann der Ersatz der Kosten des aufgehobenen Verfahrens sowie des etwaigen Rechtsmittelverfahrens auf Antrag oder von amtswegen dem Gerichte auferlegt werden.

Außer diesen Fällen sind die Kosten gegenseitig aufzuheben.

1. Die Vorschrift gilt nur für das Rechtsmittelverfahren (Regierungsmotive, S. 203), kann daher bei einer nach § 7 stattfindenden Nichtigkeitserklärung nicht zur Anwendung kommen. Wird das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz aufgehoben oder dessen Nichtigkeit ausgesprochen (§ 477), so sind die Processkosten in der Regel gegenseitig aufzuheben.

Steht jedoch die Aufhebung oder Nichtigerklärung des Verfahrens mit dem Verschulden einer der Parteien im wesentlichen Zusammenhange (Regierungsmotive, S. 203), so kann dieser Partei der Kostenersatz an den Gegner selbst von amtswegen aufgetragen werden.

Nach Absatz 2 kann auch das Gericht wegen groben Verschuldens (§ 49, Anm. 2) zum Ersatze der Kosten des aufgehobenen Verfahrens verurtheilt werden, und zwar der Kosten beider Parteien, sofern die Partei nicht selbst ein Verschulden trifft. Eine vorherige Einvernahme des unteren Richters, wie sie das H. D. v. 10. Mai 1784, Nr. 286 J. G. S. vorschrieb, ist nicht erforderlich, doch kann der Berufungssenat thatsächliche Aufklärungen seitens der Parteien oder des Gerichtes erster Instanz oder andere vorgängige Erhebungen im Sinne des § 473 anordnen, ehe der Kostenzuspruch gegen das Gericht erfolgt. Gegen den Beschluss können gemäß § 514 die zum Kostenersatze verpflichteten richterlichen Beamten Recurs ergreifen.

§ 52. In jedem Urtheile und in den Beschlüssen, welche eine Streitsache für die Instanz vollständig erledigen, ist auch über die Verpflichtung zum Kostenersatze zu entscheiden. In anderen Beschlüssen kann über den Ersatz der Kosten nur insoweit erkannt werden, als die Ersatzpflicht von dem Ausgange der Hauptsache unabhängig ist.

Ist das Gericht bei Erlassung eines Theilurtheiles nicht in der Lage, hinsichtlich des abgeurtheilten Anspruches oder

Digitized by Google

Theilanspruches zugleich über die Kosten zu entscheiden, so ist im Urtheile auszusprechen, inwieferne eine solche Entscheidung noch einem weiteren Urtheile vorbehalten bleibt.

Ueber die Verpflichtung zum Kostenersatze ist auch ohne einen bezüglichen Parteiantrag zu entscheiden, sofern nur das Kostenverzeichnis rechtzeitig vorgelegt wurde (§ 54).

1. Soweit die Pflicht zum Kostenersatze vom Ausgange der Hauptsache abhängig ist, muss verhütet werden, dass durch eine vorzeitige Entscheidung des Kostenpunktes den bei Aburtheilung der Hauptsache für den Kostenzuspruch sich etwa ergebenden Directiven vorgegriffen und die Ersatzpflicht möglicherweise im Widerspruche mit der dem Endurtheile zugrunde liegenden Auffassung festgesetzt werde. Es wurde deshalb bestimmt, dass in einer Entscheidung, durch welche ein anhängiges Verfahren nicht vollständig erledigt wird, ein Ausspruch über die Verpflichtung zum Kostenersatze nur dann gefällt werden könne, wenn es sich um eine vom Ausgange der Hauptsache unabhängige Ersatzpflicht handelt (Regierungsmotive, S. 205).

Eine Streitsache wird für die Instanz vollständig erledigt durch das Endurtheil oder durch eine in Form eines Beschlusses gefasste Endentscheidung nach § 7, 239, 261, 459.

Durch einen Verzicht oder ein Anerkenntnis wird die Streitsache noch nicht erledigt, sondern erst durch das nach §§ 394, 395 auf Grund derselben gefällte Urtheil. In einem Vergleiche muss gemäß § 47 der Kostenersatz von den Parteien selbst vereinbart werden; die Zurücknahme der Klage gemäß § 237 berechtigt den Beklagten zum Antrage auf Ersatz der Kosten, worüber nach mündlicher Verhandlung durch Beschluss zu entscheiden ist. Bei Erlassung eines Zahlungsauftrages im Mandatsverfahren nach § 550, im Wechselverfahren nach §§ 557, 558 und im Mahnverfahren nach §§ 6, 11 Ges. v. 27. April 1873, Nr. 67 R. G. Bl. ist gleichfalls über die Kosten abzusprechen.

Die Kosten von Incidenzstreitigkeiten (§ 41, Anm. 4) sind in dem Beschlusse zuzusprechen, welcher als Endentscheidung des Incidenzstreites erscheint.

2. Die Vorschrift, dass im Endurtheile über die Kostenersatzpflicht zu entscheiden ist, gilt auch für Theilurtheile und nach § 393 für Zwischenurtheile.

Ein Theilurtheil kann nach § 391, 394 gefällt werden, wenn ein Theil des Klagsanspruches ausdrücklich anerkannt wird, wenn bei erhobener Widerklage nur diese oder nur die Klage spruchreif ist, wenn die Verhandlung über eine Compen-

Digitized by Google

sationseinrede noch nicht geschlossen werden kann, wenn der Kläger auf einen oder mehrere Ansprüche verzichtet.

Ein Zwischenurtheil kann nach § 393 erlassen werden über den Rechtsgrund eines Klagsanspruches, dessen Betrag zur Entscheidung noch nicht reif ist, und über Feststellungsanträge betreffs eines für die Entscheidung maßgebenden streitigen Rechtsverhältnisses oder Rechtes.

Auch in diesen Fällen wird der Regel nach auf Grund der Bestimmungen des § 43 über die Kosten sofort zu entscheiden sein, es werden z. B. dem Kläger, dessen Klagsanspruch betreffs eines Theilbetrages anerkannt wird, die tarifmäßigen Kosten für die Klage und erste Tagfahrt zugesprochen werden können. Muss jedoch die Entscheidung in solchen Fällen dem Schlussurtheile vorbehalten bleiben, so ist dies im Theil- oder Zwischenurtheile ausdrücklich auszusprechen.

§ 53. Gleichzeitig mit der Entscheidung über die Verpflichtung zum Kostenersatze hat das Gericht, sofern nicht die Kosten gegeneinander aufgehoben werden, den Betrag der zu ersetzenden Kosten festzustellen.

Bei der mündlichen Verkündung des Urtheiles oder eines die Verpflichtung zum Kostenersatze aussprechenden Beschlusses kann jedoch in allen Fällen, in welchen das Urtheil oder der Beschluss noch schriftlich auszufertigen sind, die Festsetzung des Kostenbetrages dieser schriftlichen Ausfertigung vorbehalten werden.

Das Interesse der Parteien wird in der Regel dahin führen, die Höhe der Kosten gleichzeitig mit dem Ausspruche über die Ersatzpflicht festzustellen. Dennoch wird es ermöglicht werden müssen, die Entscheidung über die Verpflichtung zum Kostenersatze von der Feststellung des zu ersetzenden Betrages zu sondern.

Diese Sonderung in den Grenzen des § 53, Abs. 2 zuzulassen, rechtfertigt sich durch die Erwägung, dass es im mündlichen Verfahren bisweilen einen unverhältnismäßigen Aufenthalt verursachen möchte, wenn die Bemessung der Kosten und die Würdigung der hiefür maßgebenden Belege nothwendig der Verkündigung der Entscheidung vorangehen müssten.

Wenn noch schriftliche Ausfertigungen des Urtheiles oder Beschlusses bevorstehen, lässt sich dieser Aufschub vermeiden. Denn die Parteien haben solchen Falles kein juristisches Interesse daran, den Betrag, mit welchem die Kosten vom Gerichte bestimmt wurden, schon vor der Zustellung der schriftlichen Urtheils- oder Beschlussausfertigung zu kennen.

Digitized by Google

Namentlich nützt solche frühere Kenntnis nichts in Bezug auf die Vollstreckbarkeit des Kostenersatzanspruches. Hingegen muss dem Gerichte zur Pflicht gemacht werden, die Kostenliquidierung überall dort sogleich vorzunehmen, wo die Zustellung schriftlicher Ausfertigungen nicht stattfindet und daher der Vorbehalt späterer Feststellung des Kostenbetrages für die Partei in sehr vielen Fällen die unangenehme Nöthigung enthalten würde, bloß um den Kostenbetrag zu erfahren, neuerdings vor Gericht zu erscheinen (Regierungsmotive, S. 206).

Nachdem die Ausfertigung des Urtheiles nach § 414 stets schriftlich zu erfolgen hat, nachdem alle Beschlüsse, gegen welche ein Rechtsmittel zulässig ist, oder auf Grund welcher das Recht zur sofortigen Executionsführung zusteht, gemäß § 426 den Parteien in schriftlicher Ausfertigung zuzustellen sind, gegen Kostenzusprüche aber ein Rechtsmittel immer zusteht und die rechtskräftig zuerkannten Kosten immer executionsfähig sind, so kann mit Ausnahme des Urtheiles im Bagatellverfahren (§ 45), kein Fall vorkommen, in welchem ein die Kostenersatzpflicht aussprechendes Urtheil oder ein solcher Beschluss nicht schriftlich ausgefertigt werden müsste.

Das Gericht hat sonach bei jedem Abspruche über die Kosten, den es mündlich verkündet, die Wahl, ob es gleichzeitig den Betrag der zu ersetzenden Kosten mündlich bekannt geben, oder die ziffermäßige Festsetzung dieses Betrages der schriftlichen Ausfertigung vorbehalten will, wobei es von dem Grundsatze auszugehen hat, dass die mündliche Verkündigung die Regel bildet, von der nur besondere Schwierigkeiten bei der Ausmessung der Kosten abzugehen gestatten.

Aber nur die Bestimmung der zu ersetzenden Kostensumme kann vorbehalten werden. Die Entscheidung über die Verpflichtung zum Kostenersatze schließt auch die Entscheidung über den Umfang dieser Verpflichtung in sich, es muss sonach in jedem Falle sofort festgesetzt werden, wem eine Ersatzpflicht obliege, sowie, ob der ganze Kostenbetrag oder nur ein Theil desselben zu ersetzen ist. Eine nachfolgende Erörterung darüber ist ausgeschlossen. Wenn nur ein theilweiser Kostenersatz stattfinden soll, so erscheint es zulässig, zur Vermeidung mühsamer Kostenfestsetzungen zu gestatten, die ersatzpflichtige Partei zur Zahlung eines ziffermäßig bestimmten Betrages zu verurtheilen, der in einem angemessenen Verhältnisse zu den wahrscheinlichen Kosten steht (Regierungsmotive, S. 206).

Fehlt die Entscheidung über die Verpflichtung zum Kostenersatze, so kann nach §§ 423, 430 die Ergänzung des Urtheiles oder Beschlusses erfolgen.

Digitized by Google

§ 54. *Die Partei, welche Kostenersatz anspricht, hat bei sonstigem Verluste des Ersatzanspruches das Verzeichnis der Kosten sammt den zur Bescheinigung der Ansätze und Angaben dieses Verzeichnisses etwa erforderlichen Belegen vor Schluss der der Entscheidung über den Kostenersatzanspruch (§ 52) unmittelbar vorangehenden Verhandlung, wenn aber die Beschlussfassung ohne vorgängige Verhandlung erfolgen soll, bei ihrer Einvernehmung oder gleichzeitig mit dem der Beschlussfassung zu unterziehenden Antrage dem Gerichte zu übergeben.*

1. Der accessorische Charakter der Kostenersatzansprüche hat auch die Art der Erledigung des Kostenpunktes zu bestimmen. Dieser accessorischen Natur widerstreitet es, die Entscheidung über die Kostenverbindlichkeit zum Mittelpunkte und selbständigen Gegenstande eines besonderen Verfahrens zu machen. Das dogmatisch Richtige ist, die Kostenfrage aus dem Schatten der dem eigentlichen Processzwecke dienenden Handlungen nicht heraustreten zu lassen. Zu Gleichem rathen auch dringend processpolitische Erwägungen. Es wäre in hohem Grade unbillig, die Gegenpartei zu zwingen, lediglich der Ordnung der Kostenfrage wegen abermals vor Gericht zu erscheinen oder eigens hiezu einen Vertreter zu bestellen. Das Kostenerstattungsbegehren darf nicht die Quelle neuen Kostenaufwandes oder neuer Kostenerstattung sein, die Entscheidung über solches Begehren darf nicht in einer den Verpflichteten gefährdenden Weise verzögert werden.

All dies will der Entwurf durch die Vorschrift des § 54 verhindern, welcher Gewähr dafür bietet, dass die Geltendmachung des Anspruches in einer dem Gegner unschädlichen Weise stattfindet. Darnach muss der Kostenersatzanspruch entweder vor Schluss der mündlichen Verhandlung erhoben werden, auf Grund welcher im Sinne des § 52 auch über die Kostenfrage entschieden werden kann, oder mangels einer mündlichen Verhandlung bei Einvernehmung der Kostenersatz ansprechenden Partei, oder gleichzeitig mit dem der gerichtlichen Beschlussfassung zu unterziehenden schriftlich (protokollarisch) angebrachten Antrage. Ueber die Kostenfrage findet auch in den beiden letzteren Fällen nicht eine besondere Verhandlung statt.

Die Partei wird hiedurch nicht in der Freiheit der Vertheidigung geschmälert, denn im Wege des gegen solche Entscheidungen zustehenden Rechtsmittels vermag sie dann alle Beschwerden vorzubringen. Wenn der Kostenersatzanspruch während der mündlichen Verhandlung erhoben wird, hat sich diese Verhandlung selbstverständlich auch auf den Kostenpunkt zu erstrecken,

Digitized by Google

Wo sich das Verfahren durch mehrere Instanzen fortsetzt, hat, wie die Entscheidung über die Verpflichtung zum Kostenersatze, so auch die Feststellung des Kostenbetrages jeweils bei dem Gerichte stattzufinden, vor welchem der Rechtsstreit gerade anhängig ist (Regierungsmotive, S. 206).

2. Das Verzeichnis der Kosten ist dem Gerichte vorzulegen, eine Abschrift der Belege für den Gegner ist nicht vorgeschrieben. Wo die Kostenliquidation in einem Schriftsatze oder in einem die Stelle desselben vertretenden Protokolle erfolgt, ist es weder vorgeschrieben noch nothwendig, das Kostenverzeichnis als Beilage des Schriftsatzes auszufertigen, dasselbe kann vielmehr in den Schriftsatz oder das Protokoll selbst aufgenommen werden. Einer Nachweisung der bereits bewirkten Zahlung der angesprochenen Kosten seitens der Partei, welche die Kosten anspricht, bedarf es nur dann, wenn die erstattungspflichtige Partei für die Erkenntnisgebüren oder bar dem Gerichte zu erstattenden Kosten dem Staate verhaftet ist, damit sie dieselben nicht doppelt zahlen muss. Die Bescheinigung hat nach § 274 zu erfolgen.

§ 55. Die in einem Urtheile des Processgerichtes erster Instanz oder des Berufungsgerichtes enthaltene Entscheidung über den Kostenpunkt kann ohne gleichzeitige Anfechtung der in der Hauptsache ergangenen Entscheidung nur mittels Recurs angefochten werden.

Bloß wegen der Entscheidung über den Kostenpunkt ein Berufungs- oder Revisionsverfahren durchzuführen, daran kann im mündlichen Processe und bei mündlichem Berufungsverfahren nicht gedacht werden. Das Interesse des zum Kostenersatze Verurtheilten verlangt dies nicht. Um die Unrichtigkeit der Entscheidung über den Kostenpunkt oder gar um die unangemessene Feststellung eines Kostenbetrages darzuthun, wird die Partei fast nie zu neuen Beweisführungen oder zu neuen thatsächlichen Vorbringen greifen müssen.

Die Thatfrage ist hier zumeist ganz belanglos, oder sie tritt doch für die große Mehrzahl der Fälle so sehr zurück, dass man sie unmöglich bei der Auswahl der Rechtsmittel als ausschlaggebend ansehen kann. Regelmäßig wird es sich nur um juristische Darlegungen, Rechtsausführungen und Aehnliches handeln. Dazu genügt der Weg des Recurses. Er wahrt die Interessen der Partei, welche sich durch die Entscheidung verletzt erachtet, denn es ist ihr die Möglichkeit eröffnet, ihre Gegengründe der Rechtsmittelinstanz zur Prüfung und Beurtheilung vorzulegen. Nach dem Rechte des Entwurfes reicht das Rechtsmittel des Recurses umsomehr zu, als der Recurs-

Digitized by Google

instanz die Freiheit gegeben ist, alle ihr etwa zur Klarstellung der Beschwerdepunkte erforderlich scheinenden Erhebungen und Aufklärungen zu veranlassen (§ 526). Damit ist auch für den Fall gedient, wenn etwa die Kostenentscheidung deswegen angefochten wird, weil die Partei das Verschulden in Abrede stellt, welches nach dem Gesetze für die Auflegung des Kostenersatzes wesentlich ist (Regierungsmotive, S. 207).

Sechster Titel: **Sicherheitsleistung.**

Art der Sicherheitsleistung.

§ 56. Die Bestellung einer auf Grund der Bestimmungen dieses Gesetzes zu leistenden Sicherheit erfolgt, wenn die Parteien nichts anderes vereinbaren, durch gerichtlichen Erlag von barem Gelde oder von inländischen Wertpapieren, welche sich nach den hierüber bestehenden Vorschriften zur Anlegung der Gelder von Minderjährigen eignen, und nur in Ermanglung solcher durch den gerichtlichen Erlag von anderen inländischen, an einer Börse notierten Wertpapieren, welche nach richterlichem Ermessen genügende Deckung bieten. Die Wertpapiere dürfen nicht außer Curs gesetzt und müssen mit den laufenden Zins- oder Gewinnantheilscheinen und Talons versehen sein. Sie sind nach dem Curse des Erlagstages zu berechnen.

Nach Ermessen des Gerichtes können insbesondere auch Einlagebücher einer inländischen Sparcasse oder einer inländischen landwirtschaftlichen oder sonstigen Vorschusscasse behufs Bewirkung einer Sicherheitsleistung zugelassen werden. Eine Sicherheitsleistung mittels einer gesetzliche Sicherheit bietenden Hypothek an einem inländischen Grundstücke oder durch zahlungsfähige Bürgen, die ihren allgemeinen Gerichtsstand im Inlande haben, kann der Richter zulassen, wenn eine andere Art der Sicherheit von dem zur Sicherheitsleistung Verpflichteten nicht oder nur schwer beschafft werden kann.

Mit dem gerichtlichen Erlage wird an dem Gegenstande desselben ein Pfandrecht für den Anspruch begründet, in Ansehung dessen die Sicherheitsleistung erfolgt.

1. Die Bestimmungen des § 56 gelten nur für jene Fälle, in welchen nach den Vorschriften der Civilprocessordnung eine Partei von der anderen Sicherheit verlangen kann, was nach § 38 bei einer Processführung ohne Auftrag oder Vollmacht, nach § 57 betreffs der Processkosten-Caution von Ausländern, nach § 407 bei Alimenten wegen Tödtung, Körperverletzung oder Freiheitsentziehung und nach § 458 im Besitzstörungsverfahren zur Vermeidung provisorischer Verfügungen geschehen

Digitized by Google

kann. Civilrechtliche Verpflichtungen zum Erlage einer Caution werden durch die Civilprocessordnung nicht geregelt.

Wo der Erlag von barem Gelde oder pupillarsicheren Wertpapieren möglich ist, da wird auch das Gericht im Interesse des Gegners darauf hinzuwirken haben (Regierungsmotive, S. 207). Bares Geld kann nur in solchen Geldsorten erlegt werden, welche bei den Staatscassen als Zahlung angenommen werden. Der Begriff der Wertpapiere wird durch die Beschränkung auf inländische pupillarsichere oder an einer Börse notierte genau bestimmt und gibt über die letztere Eigenschaft das officielle Börsencursblatt Auskunft, das schon wegen des Curses eingesehen werden muss. Die besondere Erwähnung der Sparcassebücher im Absatz 2 versperrt von vornherein der Ansicht den Weg, dass die Vorschriften, welche die Anlegung von Mündelgeldern in Sparcassen auf gewisse Beträge beschränken, auf den Process herüberwirken und daher solche Einlagebücher auch im Processe nur in gleich beschränkter Höhe zur Sicherheitsleistung verwendet werden dürfen (Regierungsmotive, S. 207).

2. Ueber die Art der Sicherheitsleistung entscheidet zunächst die Vereinbarung der Parteien. Liegt eine solche nicht vor, so hat die Sicherstellung durch gerichtlichen Erlag zu erfolgen. Bürgen und Hypotheken lässt der Entwurf nur für den Fall zu, als eine andere Art der Sicherheit von dem zur Sicherheitsleistung Verpflichteten überhaupt nicht oder doch nur schwer beschafft werden könnte. Darüber, dass ein solcher Nothfall vorliegt, wird der Richter Bescheinigung fordern können, wenn er den Angaben des Verpflichteten zu misstrauen Ursache hat (Regierungsmotive, S. 207). Zum Schutze des Gegners der sicherheitsleistenden Partei gegen das Aufdrängen allzuschwer realisierbarer Haftungen (Motive der gemeinsamen Conferenz, S. 7) wurden nur Hypotheken an inländischen Grundstücken (Realitäten im weiteren Sinne) und Bürgschaften von im Inlande wohnhaften Personen zugelassen. Nach § 1374 a. b. G. B. reicht die gesetzliche Sicherheit bei Häusern bis zur Hälfte, bei Grundstücken bis zu zwei Dritteln des Wertes. Die Einschränkung desselben Paragraphen auf Bürgen, die in der Provinz belangt werden können, findet keine Anwendung, weil die Bürgschaft aller im Inlande wohnhaften Personen zugelassen wird.

3. Um irrigen Anschauungen über die Wirkung einer Sicherheitsleistung vorzubeugen, wurde ausdrücklich ausgesprochen, dass an den Gegenständen eines behufs Sicherheitsleistung erfolgten gerichtlichen Erlages ein Pfandrecht begründet werde. Das Pfandrecht entsteht für den Anspruch, in Ansehung dessen die Sicherstellung erfolgt (Regierungsmotive, S. 207).

Digitized by Google

4. Darüber, in welcher Weise die Feststellung zu erfolgen habe, dass die Nothwendigkeit einer processualen Sicherheitsbestellung weggefallen sei und daher die Rückgabe der hinterlegten Werte erfolgen könne, hat die Civilprocessordnung keine ausdrückliche Bestimmung. Ist die Sicherheitsleistung gegenstandslos geworden, so ist die den Wegfall der Cautionspflicht constatierende Thätigkeit des Gerichtes nicht nothwendig als eine „erkennende“ zu betrachten, sondern als eine bloß verwaltende (O. L. G. Jena, Fuchsberger, S. 203).

Der Erfolglassungsbewilligung braucht eine mündliche Verhandlung nicht vorauszugehen, sie erfolgt mittels Beschlusses, dem in zweifelhaften Fällen die mündliche oder schriftliche Einvernahme des Gegners voranzugehen hat. Vor der Erfolglassung wird aber die Rechtskraft des Beschlusses abzuwarten sein.

Sicherheitsleistung für Processkosten.

§ 57. Wenn Ausländer vor einem im Geltungsgebiete dieses Gesetzes gelegenen Gerichte als Kläger auftreten, haben sie dem Beklagten auf dessen Verlangen für die Processkosten Sicherheit zu leisten, sofern nicht durch Staatsverträge etwas anderes festgesetzt ist.

Eine solche Verpflichtung zur Sicherheitsleistung tritt jedoch nicht ein:

1. wenn nach den Gesetzen des Staates, dem der Kläger angehört, österreichische Staatsangehörige im gleichen Falle zur Sicherheitsleistung für Processkosten nicht verpflichtet sind;

2. wenn der Kläger im Geltungsgebiete dieses Gesetzes ein zur Deckung der Processkosten hinreichendes Vermögen an unbeweglichen Gütern oder an Forderungen besitzt, die auf solchen Gütern bücherlich sichergestellt sind;

3. bei Klagen in Ehestreitigkeiten;

4. bei Klagen im Mandats- und Wechselverfahren, bei Widerklagen, sowie bei Klagen, welche infolge einer öffentlichen, gerichtlichen Aufforderung angestellt werden.

Sofern sich ein Zweifel über die Gesetzgebung, die Einrichtungen oder das Verhalten des Staates ergibt, welchem der Kläger angehört, ist hierüber die Erklärung des Justizministers einzuholen. Dieselbe ist für das Gericht bindend.

1. Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Processkosten ist auf Ausländer beschränkt. Personen, welche in dem Gebiete der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder das Staatsbürgerrecht nicht genießen, sind nach Art. XXIX des Einführungsgesetzes als Ausländer anzusehen. Inländer, mögen dieselbe im Inlande oder Auslande wohnen, sind von einer Cautionsleistung entbunden.

Digitized by Google

Juristische Personen, welche im Auslande ihren Sitz haben, sind in der Regel als Ausländer anzusehen. Ausländische Actiengesellschaften, Versicherungsgesellschaften, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, welche zur Geschäftsführung im Inlande zugelassen sind, werden gleichfalls als Ausländer anzusehen sein, dagegen nicht Vereine von Inländern im Auslande.

Voraussetzung der Cautionspflicht der Ausländer ist, dass sie vor einem inländischen Gerichte als Kläger auftreten. Doch genügt schon die Stellung als activer Streitgenosse, ja selbst als Nebenintervenient des Klägers, da der Nebenintervenient gemäß § 41 für die durch seine Nebenintervention verursachten Kosten haftet.

Die Frage der Sicherheitsleistung ist nur auf Verlangen des Geklagten zu erörtern. Außer dem Geklagten kann auch dessen Nebenintervenient gemäß § 18 die Sicherheitsleistung verlangen und bei mehreren Geklagten kann jeder derselben unabhängig von den Anderen das diesbezügliche Begehren stellen. Ob der Beklagte Inländer oder gleichfalls Ausländer ist, macht keinen Unterschied.

2. Nach Art. 56 des internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. October 1890, Nr. 186 R.-G.-Bl. f. 1892, ist die Cautionspflicht für die im Grunde dieses Uebereinkommens gegen die Eisenbahnverwaltungen eingebrachten Klagen ausgeschlossen.

Die Gleichstellung der Ausländer mit den Inländern ist vertragsmäßig vereinbart: mit Italien laut Art. V des Handels- und Schiffahrtsvertrages vom 6. December 1891, Nr. 17 R.-G.-Bl. f. 1892; mit Serbien laut Art. I der Convention vom 9. August 1892, Nr. 104 R.-G.-Bl. f. 1893; mit Spanien laut Art IV des Vertrages vom 24. März 1870, Nr. 139 R.-G.-Bl. f. 1871; mit Hawaii laut Art. IV des Vertrages vom 18. Juni 1875, Nr. 87 R.-G.-B. f. 1876. Durch die Meistbegünstigungsclausel sind vertragsmäßig dieselben Rechte eingeräumt: Griechenland laut Art. I des Vertrages vom 11. April 1887, Nr. 95 R.-G.-Bl.; Rumänien laut Convention vom 21. December 1893, Nr. 116 R.-G.-Bl. f. 1894.

3. Nach der Uebersicht von Drucker, Juristische Wochenschrift 1887, S. 184 ff. sind Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit in Dänemark, Norwegen, Portugal, Bosnien, Herzegowina, Türkei, in Handelssachen in Frankreich, Russland, in England, wenn sie sich dort aufhalten.

Dagegen besteht die Cautionspflicht in Deutschland, Schweden, Frankreich und Russland (mit Ausnahme der Handelssachen), in den Niederlanden, Belgien, Luxemburg, in der

Digitized by Google

Schweiz, den Vereinigten Staaten, Brasilien, Mexiko (Wilmowski, S. 197).

In Ungarn ist durch § 9 des Gesetzesartikels XVIII vom Jahre 1893 über das summarische Verfahren die Cautionspflicht für Ausländer statuiert, wenn in dem Staate, dessen Angehöriger der Kläger ist, der ungarische Staatsbürger in einem gleichen Falle zum Erlage einer Caution verpflichtet wäre. In Croatien und Slavonien wird keine Klagscaution verlangt.

Nach Art XXIX Einf.-Ges. sind ungarische Staatsangehörige, welche dem stehenden Heere oder der Kriegsmarine angehören, oder bei Behörden der gemeinsamen Angelegenheiten angestellt sind, von der Cautionspflicht befreit.

4. Oeffentliche gerichtliche Aufforderungen, auf Grund welcher Klagen angestellt werden können, sind vorgeschrieben:

a) vor Ausfolgung des Nachlasses eines Ausländers die Edictalcitation der Gläubiger und Erbschaftsinteressenten (§ 138 kais. Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208 R.-G.-Bl.),
b) bei der Amortisierung alter grundbücherlicher Lasten nach § 118 Grundbuchsgesetzes,
c) bei der Anlegung, Ergänzung oder Wiederherstellung von Grundbüchern für die Anmeldung von Eigenthums- oder Besitzveränderungen und alten Lasten sowie den Widerspruch gegen den Bestand oder die bücherliche Rangordnung einer Eintragung nach §§ 6 und 14 Ges. vom 25. Juli 1871, Nr. 96 R.-G.-Bl.,
d) vor der Uebertragung von Grundstücken in die Eisenbahneinlage nach § 22 Ges. v. 19. Mai 1874, Nr. 70 R.-G.-Bl.,
e) bei der Einziehung alter Depositen nach der Verordnung vom 6. Jänner 1842, Z. 39758.

Die Concursedicte, die Edicte zur Einberufung der Nachlassgläubiger nach §§ 133—136 kais. Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208 R.-G.-Bl., die Amortisierungsedicte, die Aufforderung an die Gläubiger einer aufgelösten Actiengesellschaft nach Art. 243 H. G. B. beabsichtigen nur die Anmeldungen von Ansprüchen und nicht die Einbringung einer Klage, sind daher nicht zu jenen Aufforderungen zu rechnen, welche vom Erlage der Klagscaution befreien. Die Aufforderung vor der Devinculierung einer Notariatscaution nach § 22—30 Not.-Ordn. hat durch die Notariatskammer zu erfolgen, ist daher keine gerichtliche Aufforderung und befreit von der Cautionspflicht nicht.

Die Bewilligung des Armenrechtes befreit von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Processkosten (§ 64), und zwar selbst dann, wenn bereits auf den Erlag oder die Ableistung des Paupertätseides erkannt wäre.

Digitized by Google

§ 58. *Der Beklagte kann auch dann Sicherheitsleistung verlangen, wenn der Kläger während des Rechtsstreites die Eigenschaft eines Inländers verliert oder die Voraussetzung, unter welcher der Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit war, wegfällt und nicht ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruches unbestritten ist.*

1. Die Staatsbürgerschaft geht nach dem Auswanderungspatente vom 24. März 1832, Nr. 2557 J. G. S. verloren:
a) durch Entlassung aus der Staatsbürgerschaft,
b) durch Verlustigerklärung der Staatsbürgerschaft bei unbefugt Ausgewanderten,
c) durch Verheiratung einer Inländerin mit einem Ausländer.

Nach Art. I des mit den Vereinigten Staaten von Nordamerika abgeschlossenen Vertrages, Nr. 74 des R.-G.-Bl. vom Jahre 1871 geht die Staatsbürgerschaft durch einen fünfjährigen Aufenthalt in den Vereinigten Staaten verloren. Die Voraussetzungen der Befreiung von der Cautionspflicht gehen verloren, wenn die betreffenden Staatsverträge ablaufen oder abgeändert werden, wenn durch die fremdländische Gesetzgebung die Gegenseitigkeit aufgehoben wird, wenn sich der Kläger des zur Deckung der Processkosten geeigneten, im § 57, Al. 2 aufgezählten Vermögens entäußert.

2. Die nachträgliche Sicherheitsleistung kann von demjenigen Beklagten oder Mitbeklagten nicht gefordert werden, welcher einen zur Deckung der Processkosten ausreichenden Theil des Klagsanspruches nicht bestritten hat, d. h. ohne Compensations- oder sonstige Einwendung anerkennt. Wird infolge eines Theilurtheiles der nicht bestrittene Theilanspruch zur Vermeidung der Execution bezahlt, dann ist ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruches nicht mehr vorhanden und es kann Sicherheitsleistung verlangt werden.

§ 59. *Außer den beiden Fällen des § 58 muss der Antrag auf Sicherheitsleistung für Processkosten bei sonstigem Ausschlusse in der ersten Tagsatzung und vor Einlassung in die Hauptsache gestellt werden.*

In dem Antrage ist stets die Höhe der Sicherheitssumme anzugeben. Ueber den Antrag ist durch Beschluss zu entscheiden.

1. Außer den beiden Fällen des § 58 ist das Sicherstellungsbegehren nur dann rechtzeitig gestellt, wenn es vor Gerichtshöfen in der ersten Tagsatzung, bei Bezirksgerichten in der ersten Tagsatzung vor Einlassung zur Hauptsache gestellt wird. Für die Fälle des § 58 ist eine Frist nicht festgesetzt. Der Tendenz, der unnöthigen Verzögerung der Processe

Digitized by Google

vorzubeugen, wird es entsprechen, dass das Begehren nur dann als rechtzeitig angesehen wird, wenn es in der ersten Tagsatzung nach erlangter Kenntnis der Aenderung gestellt wird.

In dem Antrage ist auch die Höhe der Sicherheitssumme anzugeben. Wird dieser Bestimmung trotz richterlicher Aufforderung nicht entsprochen, so ist das Begehren abzuweisen.

Ueber den Antrag wird mündlich verhandelt. Die Beweislast über die Ausländerqualität des Klägers trifft den Beklagten, die Beweislast über die Befreiungsgründe den Kläger. Außerdem hat sich die mündliche Verhandlung auch auf die dem Kläger mögliche Art der Sicherstellung zu erstrecken.

Ueber den Antrag ist durch Beschluss zu entscheiden. Derselbe ist nach § 239 von dem Vorsitzenden des Senates oder dem mit der Leitung der ersten Tagfahrt betrauten Mitgliede des Senates zu fassen.

Verspätete Anträge auf Sicherheitsleistung sind ohne weitere mündliche Verhandlung zurückzuweisen.

Kommt es bei der mündlichen Verhandlung zu einer Vereinbarung der Parteien über Art und Höhe der Sicherheitsleistung, so entfällt die diesbezügliche Beschlussfassung, nicht aber die Festsetzung der Frist zum Erlage und zum Paupertätseide.

§ 60. Wird dem Antrage stattgegeben, so ist zugleich der Betrag der zu leistenden Sicherheit und die Frist zu bestimmen, binnen welcher dieser Betrag gerichtlich zu erlegen oder die Unfähigkeit zum Erlage vom Kläger eidlich zu bekräftigen ist.

Bei Bestimmung der Höhe der Sicherheitssumme sind die Kosten, welche der Beklagte zu seiner Vertheidigung wahrscheinlich aufzuwenden haben wird, nicht aber auch die durch eine etwaige Widerklage erwachsenden Kosten in Anschlag zu bringen. Zum Zwecke der eidlichen Bekräftigung seiner Unfähigkeit zum Erlage der Sicherheitssumme hat der Kläger bei dem Processgerichte innerhalb der ihm hiezu offen gestellten Frist um Anberaumung einer Tagsatzung anzusuchen. Die Ablegung des Eides kann bei dem Gerichte des Wohnsitzes oder Aufenthaltes des Klägers erfolgen.

In der dem Kläger zuzustellenden schriftlichen Ausfertigung des Beschlusses ist ihm zu eröffnen, dass im Falle fruchtlosen Ablaufes der im Absatze 1 erwähnten Frist die Klage auf Antrag des Beklagten vom Gerichte für zurückgenommen erklärt, oder, wenn der Antrag während des Rechtsmittelverfahrens gestellt wird (§ 58), das vom Kläger eingelegte Rechtsmittel als zurückgezogen angesehen würde. Beides geschieht mittels Beschluss; der Beschlussfassung hat die mündliche oder schriftliche Einvernehmung des Klägers vorauszugehen.

Digitized by Google

1. Wenn eine Vereinbarung der Parteien über Art und Höhe der Sicherheitsleistung nicht erfolgt, so ist im Beschlusse der Betrag der zu leistenden Sicherheit und die Art derselben zu bestimmen. Immer ist aber gleichzeitig eine Frist zum Erlage der Caution oder zur Anbietung des Eides über die Unfähigkeit zur Sicherheitsleistung festzusetzen. Die Frist ist als richterliche gemäß § 128 erstreckbar. Der Paupertätseid hat zu bekräftigen, dass der Kläger eine Sicherheit für die Processkosten nicht zu leisten vermag, und darf nicht darauf beschränkt werden, dass Kläger die concret festgesetzte Sicherheitsleistung nicht gewähren könne.

2. Bei der Bestimmung der Höhe der Caution hat das Gericht nach freiem Ermessen jenen Betrag zu bestimmen, welchen der die Sicherheit fordernde Beklagte unter Berücksichtigung der eventuellen Streitgenossen und Nebenintervenienten desselben bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Processes in letzter Instanz aufzuwenden haben dürfte. Auf unvorhergesehene Zwischenfälle des Processes ist keine Rücksicht zu nehmen; dieselben berechtigen nach § 62 zu dem Begehren um Erhöhung der Caution.

3. Die dem Kläger schriftlich bekannt zu gebende Rechtsfolge des Nichterlages der Caution oder des versäumten Begehrens um Anordnung einer Tagsatzung zur Ablegung des Paupertätseides innerhalb der hiezu gesetzten Frist ist die Zurücknahme der Klage oder des eingelegten Rechtsmittels auf Antrag des Beklagten. Die Zurücknahme der Klage hat nach § 237 zur Folge, dass die Klage als nicht angebracht anzusehen ist und dass der Kläger dem Beklagten alle Processkosten zu ersetzen hat, über welche noch mündlich zu verhandeln ist.

4. Da die Sicherheit auch nachträglich begehrt werden kann, ist es nothwendig, für diesen Fall die Rückwirkung auf das Rechtsmittelverfahren zu normieren (Motive des Ausschusses, S. 23). Der Geklagte kann sonach, im Falle einer nachträglich geforderten Sicherheitsleistung entweder nur die Zurücknahme der Klage oder nur die Zurückziehung des vom Kläger eingelegten Rechtsmittels oder die Zurücknahme der Klage betreffs des vom Kläger nicht angefochtenen Theiles des noch nicht rechtskräftigen Urtheiles und die Zurückziehung des Rechtsmittels betreffs des vom Kläger angefochtenen Theiles des Urtheiles beantragen.

Rechtskräftige Theilurtheile können nicht mehr durch Zurückziehung der Klage unwirksam gemacht werden.

5. Hat nur der Nebenintervenient des Klägers die Caution zu erlegen, so kann die Zurückziehung der Klage nicht ausge-

Digitized by Google

sprochen werden und es ist nur die Nebenintervention nicht zuzulassen.

Bis zu dem über den Antrag des Geklagten nach mündlicher oder schriftlicher Einvernahme des Klägers zu erlassenden Beschlusse kann der Erlag der Caution oder die Eidesantretung nachgetragen werden. Erst mit dem Beschlusse selbst ist der Kläger präcludiert.

6. Stellt der Geklagte den Antrag auf Zurücknahme der Klage oder Zurückziehung des Rechtsmittels nicht, so ruht das Verfahren mit den Rechtswirkungen des § 163, 168, da nach § 62 das Verfahren erst nach Erlag der Sicherheitssumme oder Ableistung des Eides auf Antrag einer Partei fortzusetzen ist (Regierungsmotive, S. 203).

Die Rechtsfolgen der Nichtablegung des Paupertätseides bei der hiezu angeordneten Tagsatzung bestimmt das Gesetz nicht. Sie müssen dieselben sein, wie die des Nichterlages der Caution.

§ 61. Wird ein Antrag auf Sicherheitsleistung für Processkosten rechtzeitig gestellt, so ist der Beklagte bis zur Entscheidung über denselben zur Fortsetzung des Verfahrens in der Hauptsache nicht verpflichtet.

Wird der Antrag abgewiesen, so kann die Fortsetzung dieses Verfahrens vom Gerichte angeordnet werden, ohne dass die Rechtskraft des abweisenden Beschlusses abgewartet werden muss. Gegen diese Anordnung findet ein Recurs nicht statt.

1. Es steht dem Geklagten frei, trotz des Antrages auf Sicherheitsleistung in die Verhandlung zur Hauptsache sich einzulassen. Verpflichtet ist er hiezu nicht, wenn der Antrag rechtzeitig in der ersten Tagsatzung, bei Bezirksgerichten vor Einlassung in die Hauptsache, gestellt worden ist. Entsteht die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung gemäß § 58 nach der ersten Tagsatzung oder nach dem Einlassen in die Hauptsache, und wird der Antrag rechtzeitig bei der nächsten Tagsatzung gestellt, so ist der Beklagte gleichfalls nicht verpflichtet, das Verfahren in der Hauptsache fortzusetzen.

2. Das Verfahren in der Hauptsache soll durch das Verlangen einer Processkosten-Sicherstellung nicht mehr als unbedingt nöthig aufgehalten werden. Dieser Tendenz würde es widersprechen, wenn bei Abweisung eines solchen Begehrens stets die Rechtskraft des bezüglichen Beschlusses abgewartet werden müsste. Der Beklagte würde dann auch mit der grundlosesten Antragstellung die Macht erlangen, einen ausgiebigen Processaufschub zu bewirken. Der Entwurf verleiht daher dem Gerichte erster Instanz die Befugnis, bei Abweisung eines

Digitized by Google

Sicherstellungsauftrages ohne Rücksicht auf die noch mögliche Anfechtung des Beschlusses die alsbaldige Aufnahme und Fortsetzung des Processes zu verordnen. Von dieser Befugnis wird das Gericht namentlich bei offenbar unbegründeten Anträgen und bei hoher Wahrscheinlichkeit der Erfolglosigkeit eines Rechtsmittels Gebrauch zu machen haben (Regierungsmotive, S. 209).

Ueber die Kostenersatzpflicht im Nebenstreite, über die Klagscaution vergl. § 41, Anm. 2.

§ 62. Nach rechtzeitigem Erlage der Sicherheitssumme oder Ableistung des Eides ist das Verfahren in der Hauptsache auf Antrag einer Partei fortzusetzen.

Ergibt sich im Laufe des Rechtsstreites, dass die geleistete Sicherheit nicht hinreicht, so kann der Beklagte die Ergänzung derselben beantragen, sofern nicht ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruches unbestritten ist. Einem solchen Antrage kommt aufschiebende Wirkung nicht zu; der Beschluss, wodurch die Ergänzung der Sicherheit angeordnet wird, ist nach eingetretener Rechtskraft vollstreckbar.

1. Wird die Caution erlegt oder der Eid abgelegt, bevor über den Antrag auf Zurücknahme der Klage oder Zurückziehung des eingelegten Rechtsmittels in erster Instanz entschieden ist, so steht jeder Partei, nicht bloß dem Kläger das Recht zu, die Fortsetzung des Verfahrens zu beantragen. Dasselbe Recht wird jeder der Parteien zustehen, wenn der Antrag auf Sicherheitsleistung abgewiesen wurde. Das Gericht hat sohin die Fortsetzung der Verhandlung nicht von amtswegen anzuordnen, sondern einen Parteienantrag abzuwarten.

2. Eine Ergänzung der Sicherheitsleistung kann im Laufe des Rechtsstreites bis zur rechtskräftigen Entscheidung beantragt werden, wenn sich der Kostenbetrag als höher darstellt, als vom Gerichte bei Bestimmung der Höhe der Caution angenommen wurde, oder wenn der Wert der bestellten Sicherheit geringer ist oder geringer wird, als das Gericht angenommen hat; wenn z. B. die erlegten Wertpapiere im Curse fallen, der Bürge zahlungsunfähig wird oder seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande verliert.

Das Begehren ist unzulässig, wenn ein zur Deckung des Abganges der Sicherheit ausreichender Theil des Klagsanspruches unbestritten ist (§ 58, Anm. 2). Demselben kommt nicht die Wirkung zu, dass bis zur Entscheidung darüber die Fortsetzung des Verfahrens verweigert werden kann. Desgleichen kann der Beklagte nicht begehren, dass die Zurücknahme der Klage oder die Zurückziehung des Rechtsmittels ausgesprochen

Digitized by Google

werde. Dagegen kann er wegen verzögerten Erlages der Cautionsergänzung die Zwangsvollstreckung erwirken.

Siebenter Titel: **Armenrecht.**

§ 63. Wer ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie erforderlichen nothdürftigen Unterhaltes die Kosten einer Processführung zu bestreiten außerstande ist, kann für dieselbe die Bewilligung des Armenrechtes erwirken.

Ausländern wird dieses Recht nur unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit gewährt. Ist die Einhaltung der Gegenseitigkeit zweifelhaft, so ist darüber die Erklärung des Justizministers einzuholen. Dieselbe ist für das Gericht bindend.

1. Die Absicht, Unbemittelten die zur Wahrung ihres Rechtes nothwendige Rechtsverfolgung oder -Vertheidigung zu ermöglichen, könnte nicht verwirklicht werden, wenn man die Gewährung des sogenannten Armenrechtes davon abhängig machen wollte, dass das Einkommen der Partei eine für alle Fälle bestimmte Höhe, z. B. den üblichen gemeinen Taglohn, nicht überschreite. Eine Person kann mehr als solchen Taglohn verdienen und unfähig sein, den zu Aufwendungen für Processzwecke absolut nöthigen Betrag zu erschwingen; sehr oft wird auch der größere Verdienst nicht ausreichen, um den nothdürftigen Verbrauch für eine ganze Familie zu bestreiten. Abgesehen von der Unsicherheit einer solchen Begrenzung wird sich also nicht behaupten lassen, dass es immer möglich sei, von jedem die Höhe des gemeinen Taglohnes überschreitenden Einkommen die bisweilen bedeutenden Beträge zu erübrigen, welche für die Bestreitung der Kosten einer Processführung erforderlich sind. Auch damit ist zu rechnen, dass die erforderlichen Kosten concret so geringfügig sein können, dass sie auch derjenige leicht bestreiten könnte, der vom Taglohne lebt, so dass sich der Taglohn nach beiden Richtungen als ein für die Prüfung der Zulänglichkeit des Einkommens ganz ungeeigneter Maßstab erweist. Ob die Bewilligung des Armenrechtes im einzelnen Falle nothwendig und gerechtfertigt ist, ob nicht, das kann nur beurtheilt werden aus dem Verhältnisse des voraussichtlichen Kostenaufwandes zu dem Gesammteinkommen der fraglichen Partei und zu dem Erfordernisse für die Bestreitung des eigenen nothdürftigen Unterhaltes und des Unterhaltes ihrer Familie (Regierungsmotive, S. 209).

Juristischen Personen und Vermögensmassen ist das Armenrecht versagt. Schon die Worte der §§ 63, 64, Abs. 2 weisen darauf hin und die Motive, S. 123, bestätigen ausdrücklich, dass die Civilprocessordnung die Wohlthat des Armenrechtes nur

Digitized by Google

physischen Personen hat verleihen wollen, dagegen juristischen Personen dieselbe versagt (O. L. G. Hamburg, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 111). Auch dem Concursmasseverwalter kommt für die Activprocesse der Masse die Gebührenfreiheit gemäß § 1 Ges. v. 9. Jänner 1869, Nr. 7 R.-G.-Bl., nicht zu (E. d. O. G. H., Nr. 5197, 12597).

2. Personen, welche in dem Gebiete der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder das Staatsbürgerrecht nicht genießen, sind nach Art. XXIX des Einführungsgesetzes als Ausländer anzusehen.

Durch Staatsverträge ist betreffs des Armenrechtes die Gegenseitigkeit verbürgt:

mit Frankreich durch den Vertrag vom 15. Mai 1879, Nr. 43 R.-G.-Bl. f. 1880;

mit Belgien durch den Vertrag vom 19. Juli 1880, Nr. 19 R.-G.-Bl. f. 1881;

mit Italien durch den Vertrag vom 9. Februar 1883, Nr. 113 R.-G.-Bl.;

mit der Schweiz durch den Vertrag vom 8. Jänner 1884, Nr. 137 R.-G.-Bl.;

mit Deutschland durch den Vertrag vom 9. Mai 1886, Nr. 22 R.-G.-Bl.;

mit Luxemburg durch den Vertrag vom 12. November 1888, Nr. 131 R.-G.-Bl. f. 1889;

mit Ungarn laut M. V. vom 12. Juni 1894, Nr. 21 V. Bl.;

mit Serbien laut Vertrages vom 9. August 1892, Nr. 104 R.-G.-Bl. f. 1893;

mit Spanien laut Vertrages vom 24. März 1870, Nr. 139 R.-G.-Bl. f. 1871;

mit Hawaii durch den Vertrag vom 18. Juni 1875, Nr. 87 R.-G.-Bl. f. 1876.

Durch die Meistbegünstigungsclausel sind vertragsmäßig dieselben Rechte eingeräumt:

Griechenland durch den Vertrag vom 11. April 1887, Nr. 95 R.-G.-Bl.;

Rumänien durch die Convention vom 21. December 1893 Nr. 116 R.-G.-Bl. f. 1894.

Die Gegenseitigkeit besteht ferner factisch in Dänemark, Schweden, Norwegen, Russland. Die Vereinigten Staaten von Nordamerika gewähren kein Armenrecht, in England ist die Gegenseitigkeit nicht anerkannt (Wilmowski, S. 202).

3. Das einer Partei ertheilte Armenrecht erstreckt sich nicht nur auf das Erkenntnisverfahren, sondern auch auf das

Digitized by Google

Vollstreckungsverfahren und die mit der Execution des Urtheiles verbundenen Kosten (J. M. E. v. 6. Juni 1856, Z. 12022).

In dem Falle, dass unter mehreren Streitgenossen nur einige arm sind, haben die wohlhabenden Streitgenossen den Stempel im vollen Betrage allein zu entrichten und es tritt die Befreiung vom Gebrauche des Stempels nur dann ein, wenn alle Streitgenossen mit vorschriftsmäßigen Armutszeugnissen versehen sind. Auch steht den als Cessionären auftretenden Klägern die Befreiung vom Gebrauche des Stempels nicht zu, wenn sie nicht persönlich auf das Armenrecht nach dem Gesetze Anspruch haben (§ 6 H.-D. v. 26. Juli 1840, Nr. 457 J. G. S.).

§ 64. Durch die Bewilligung des Armenrechtes erlangt die Partei für den bestimmten Process:

1. die einstweilige Befreiung von den aus Anlass des Rechtsstreites zu entrichtenden Stempeln und anderen Staatsgebüren;

2. die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Processkosten;

3. sofern in der Rechtssache die Vertretung durch Advocaten durch das Gesetz geboten ist, das Recht, zu begehren, dass für sie zur vorläufig unentgeltlichen Wahrung ihrer Rechte ein Advocat bestellt werde;

4. wenn in einer Rechtssache, für welche die Vertretung durch Advocaten gesetzlich nicht geboten ist, die Klage bei einem Gerichte außerhalb des Wohnsitzes oder ständigen Aufenthaltes der armen Partei angebracht werden muss, die Befugnis, die Klage bei dem Bezirksgerichte ihres Wohnsitzes oder ständigen Aufenthaltes zu Protokoll zu erklären, und das Recht, zu begehren, dass dieses Protokoll dem Processgerichte übersendet, und dass von diesem für die arme Partei zur unentgeltlichen Wahrung ihrer Rechte bei der mündlichen Verhandlung ein Vertreter bestellt werde; mit dieser Vertretung sind Beamte der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes zu betrauen;

5. die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der Gebüren abgeordneter gerichtlicher Beamten und Diener, der Gebüren von Vollstreckungsorganen, Zeugen und Sachverständigen, der Kosten der gerichtlichen Anfertigung von Protokolls- und Beilagenabschriften sowie von Rubriken, der Kosten der nothwendigen Verlautbarungen und endlich der nothwendigen baren Auslagen, welche von den durch das Processgericht bestellten gesetzlichen Vertretern oder von dem der armen Partei beigegebenen Advocaten oder Vertreter gemacht wurden. Diese Gebüren und Auslagen werden vorläufig aus dem Staatsschatze geleistet.

Digitized by Google

1. Nach § 13 des G. G. hat, wenn in einem Rechtsstreite zwischen einer befreiten und einer gebürenpflichtigen Person der gebürenpflichtige Theil zum Ersatze der Gerichtskosten verurtheilt wird, dieser auch jenen Gebürenbetrag an die Gefällscasse zu vergüten, welchen die befreite Person hätte aufwenden müssen, wenn ihr die Befreiung nicht zustatten gekommen wäre. Diese Gebüren sind aber dem Gerichte nicht bei jedem einzelnen Schritte des gerichtlichen Verfahrens, sondern bei jenem Schritte, bei welchem die Gerichtsunkosten auszuweisen sind, abgesondert von diesen zu verzeichnen. Das Gericht hat, wenn die nicht befreite Person zum ganzen oder theilweisen Ersatze der Gerichtskosten verurtheilt worden ist, das Gebürenverzeichnis sammt einer Abschrift des Erkenntnisses (Urtheiles, Bescheides) dem zur Gebürenbemessung bestimmten Amte mitzutheilen (F. M. E. vom 31. August 1858, Nr. 137 R.-G.-Bl.). Um die Vollständigkeit dieses Verzeichnisses prüfen zu können, hat das Gericht bei jeder Eingabe oder Protokollaufnahme die ordnungsmäßig zu verwendenden Stempelbeträge fortlaufend in ein Verzeichnis zu bringen.

2. Die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Processkosten bezieht sich nur auf Ausländer, da nur diese gemäß § 57 zu einer solchen Sicherheitsleistung verhalten werden können. Auf andere Sicherheitsleistungen ist die Vorschrift nicht anwendbar. Die Befreiung von dem Erlage der Klagscaution und der Ablegung des Paupertätseides kommt dem Kläger auch dann zu statten, wenn schon früher der gerichtliche Auftrag zur Cautionslegung oder Ablegung des Paupertätseides an ihn ergangen ist (E. d. O. G. H., Nr. 11083).

3. Die Beigebung eines unentgeltlichen Vertreters nach § 16 der Adv.-O. ist auf den Anwaltsprocess beschränkt. Der Advocat hat sich trotz seiner ämtlichen Bestellung gemäß § 30 mit einer schriftlichen Vollmacht auszuweisen. Er hat die Rechte seiner Partei vorläufig unentgeltlich zu wahren. Auf eine Entlohnung hat er nur dann Anspruch, wenn gemäß § 71 die Verpflichtung zur Nachzahlung eintritt oder der Gegner die Kosten zu ersetzen hat (§ 70).

4. Wenn eine unbemittelte Person die zur Durchsetzung ihres Anspruches nothwendige Klage außerhalb ihres Wohnsitzes anbringen muss, so ist ihr, wenngleich die Klage zur bezirksgerichtlichen Competenz gehört, mit der Versagung einer rechtsfreundlichen Unterstützung die Verfolgung dieses Anspruches überhaupt versagt (Regierungsmotive, S. 209). Die für solche Fälle vom Regierungsentwurfe in Aussicht genommene Bestellung eines Armenanwaltes wurde von der Commission

Digitized by Google

des Herrenhauses beseitigt. Wo sich außerhalb des Anwaltsprocesses eine rechtsfreundliche Vertretung der armen Partei nothwendig zeigt, soll diesem Bedürfnisse dadurch abgeholfen werden, dass — vergleichbar der aushilfsweisen Heranziehung der richterlichen Beamten zur Vertheidigung in Strafsachen — Beamte der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes mit der Vertretung der armen Partei betraut werden (Motive der gem. Conferenz, S. 16). Nachdem das Protokoll über die Klage bei dem Bezirksgerichte des Wohnsitzes der armen Partei aufzunehmen und von diesem dem Processgerichte einzusenden ist, so kann dieses Recht nicht von solchen Parteien in Anspruch genommen werden, welche außerhalb der Bezirksstadt, jedoch im Sprengel jenes Bezirksgerichtes wohnen, welches für die anhängig zu machende Rechtssache das Processgericht ist. Auch die Motive des Regierungsentwurfes, S. 209, haben nur solche Fälle im Auge, wo der Rechtsverkehr der armen Partei „über den Gerichtssprengel des Wohnsitzes hinausgreift“.

Die Begünstigung ist weiters auf die Fälle beschränkt, in welchen für die Rechtssache außerhalb des Wohnsitzes der unbemittelten Partei ein obligatorischer ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist. Soweit eine gesetzliche Möglichkeit besteht, die Klage beim Gerichte des Wohnsitzes des Klägers anzubringen, hat letzterer in bezirksgerichtlichen Rechtssachen auf den unentgeltlichen Beistand keinen Anspruch (Regierungsmotive, S. 209).

5. Die Mundierungskosten des Armenvertreters sind keine Barauslagen und vom Staatsschatze nicht zu vergüten (E. d. O. G. H., Nr. 4454). Das Armenrecht erstreckt sich nicht auf die vorschussweise Berichtigung, beziehungsweise Tragung der mit der Haft des Schuldners verbundenen Kosten durch den Staatsschatz (E. d. O. G. H., Nr. 10843, 12447); wohl aber sind die Gebüren eines als Substituten eines Armenvertreters bei einer Zeugenvernehmung im Auslande intervenierenden ausländischen Advocaten aus dem Staatsschatze zu vergüten (E. d. O. G. H., Nr. 7738). Die Eingaben der officiösen Vertreter der das Armenrecht genießenden Parteien an die Gerichts-, politischen und Finanzbehörden und die Erlässe der letzteren in Armenrechtsangelegenheiten sind nach Art. II, Zahl 13 des Gesetzes vom 2. October 1865, Nr. 108 R.-G.-Bl., von der Entrichtung der Portogebür und Recommandationsgebür befreit, doch erstreckt sich die Portofreiheit nicht auf die Stadtpost in Orten, wo eine solche besteht.

6. Die aus Anlass der gerichtlichen Tagsatzungen auflaufenden Reise- und Zehrungskosten der ämtlich bestellten Vertreter, der Zeugen und Sachverständigen, ferner die Reisekosten und

Digitized by Google

Diäten der Gerichtsabgeordneten, die Gebüren, welche Zeugen und Sachverständige in den gesetzlich bestimmten Fällen ansprechen können, endlich die Kosten der Kundmachung von Edicten durch die Zeitungsblätter sind, wenn eine das Armenrecht genießende Partei zu deren Zahlung verpflichtet ist, vom Staatsschatze vorschussweise zu berichtigen. — Die Gerichte haben jedoch die Pflicht, die Reise- und Zehrungskosten sowohl als die oben angeführten Gebüren den Vorschriften der Gerichtsordnung gemäß mit strenger Gewissenhaftigkeit zu bemessen.

Den Gerichten wird es zur strengen Pflicht gemacht, dafür zu sorgen, dass Reisen der Gerichtsabgeordneten, der Sachverständigen und der ämtlich bestellten Vertreter nur in Fällen der dringendsten Nothwendigkeit vorgenommen werden. (J. M. E. v. 8. Feber 1853, Nr. 110 R.-G. Bl.) Der schuldige Betrag wird aus den Verlagsgeldern des Amtes vorgeschossen und in Vormerkung genommen. (§ 26 M. V. v. 3. Juni 1854, Nr. 169 R.-G.-Bl.)

§ 65. Das Gesuch um Bewilligung des Armenrechtes ist bei dem in erster Instanz zuständigen Processgerichte schriftlich oder zu Protokoll anzubringen. Falls die arme Partei ihren Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt nicht im Sprengel des Processgerichtes hat, kann sie das Gesuch um Bewilligung des Armenrechtes bei dem Bezirksgerichte ihres Wohnsitzes oder ständigen Aufenthaltes zu Protokoll erklären.

In dem Gesuche ist die Rechtssache zu bezeichnen, für welche das Armenrecht bewilligt werden soll. Zugleich ist ein Zeugnis über die Vermögensverhältnisse der Partei beizubringen, welcher das Armenrecht ertheilt werden soll. In dem Zeugnisse muss das Einkommen, welches die Partei durch ihren Erwerb oder aus anderen Quellen bezieht, angegeben und unter Namhaftmachung der Personen, für deren Unterhalt die Partei etwa zu sorgen hat, ausdrücklich deren Unvermögen zur Bestreitung der Processkosten (§ 63, Absatz 1) bestätigt werden.

Das Zeugnis ist von der Gemeindevorstehung derjenigen Gemeinde, in welcher die Partei zur Zeit ihren Wohnsitz oder Aufenthalt hat, auszustellen und bedarf, sofern es sich nicht um Gemeinden mit eigenen Statuten handelt, der Bestätigung seitens der landesfürstlichen politischen Bezirksbehörde. Die näheren Vorschriften über das Verfahren bei Ausfertigung und Bestätigung solcher Zeugnisse sind im Verordnungswege zu erlassen.

Für Pflegebefohlene kann dieses Zeugnis auch von der Pflegschaftsbehörde ausgestellt werden.

1. Der Anspruch auf Ertheilung des Armenrechtes wurzelt im öffentlichen Rechte. Ueber die Berechtigung dieses An-

Digitized by Google

spruches kann daher nur ein öffentliches Organ entscheiden, und zwar sprechen überwiegende Gründe der Zweckmäßigkeit dafür, diese Entscheidung sowie die über den Umfang der jeweils eintretenden Wirkungen des Armenrechtes in die Hand des Gerichtes zu geben. Dessen Stellung ist so beschaffen, dass es durch die von der Bewilligung des Armenrechtes berührten Interessen nicht beirrt werden kann, und gerade durch diese Position inmitten der in gewissem Sinne einander entgegenstehenden Interessen der unbemittelten Partei einerseits und der Organe des Aerars und der Advocatenkammer andererseits wird das Gericht naturgemäß zur Abwägung der für und wider die Armenrechtsbewilligung sprechenden Gründe berufen. Frühere Entwürfe verpflichteten das Gericht hiebei auch darauf zu achten, ob die Partei, welche sich um das Armenrecht bewirbt, eine gerechte Sache führe. Der Entwurf sieht jedoch hievon in der Erwägung ab, dass bei Entscheidung über das Armenrechtsgesuch in der Regel alle Behelfe für die Beurtheilung der Rechtmäßigkeit der Processführung fehlen (Motive des Regierungsentwurfes, S. 210). Competent ist das Processgericht erster Instanz auch dann, wenn das Armenrecht erst für das Rechtsmittelverfahren oder die Zwangsvollstreckung angestrebt wird. Eine Vertretung durch Advocaten ist nach § 72 auch im Anwaltsprocesse nicht erforderlich. Das Armenrecht ist nicht auf die Fälle der eigentlichen Processführung beschränkt, das Armenrecht findet für jedes nach der Civilprocessordnung zulässige Verfahren einschließlich des Mahnverfahrens und des Arrestes statt (Wilmowski, S. 201) und ist das Begehren um Ertheilung desselben an keine Frist gebunden. Die Bewilligung des Armenrechtes soll nach § 36 des Entwurfes eines Gerichtsverfassungsgesetzes dem Vorsitzenden des Senates zustehen.

2. Um die möglichste Garantie dafür zu erreichen, dass die Wohlthaten des Armenrechtes nur den Bedürftigen zugewendet werden, muss man dafür sorgen, dass das Gericht sich eine begründete Ueberzeugung über die Vermögenslage der angeblich unbemittelten Partei bilden könne. Diesem Zwecke entsprechen die Vorschriften über die detaillierten Angaben des vorzulegenden Armutszeugnisses und über die Befugnis des Gerichtes, alle etwa erforderlichen weiteren Aufklärungen einzuholen (§ 72 Abs. 1) (Regierungsmotive, S. 210).

Das Gericht hat das Vorliegen der Bedingungen vor Ertheilung des Armenrechtes auf Grund des vorgelegten Zeugnisses zu prüfen. Es kann trotz des Zeugnisses die Ertheilung des Armenrechtes ablehnen, kann aber ohne Vorlage eines Zeugnisses in die aufrechte Erledigung des Gesuches nicht eingehen.

Digitized by Google

Andere Beweismittel sind nicht zulässig. Das Gericht hat das Armutszeugnis in den Acten aufzubewahren. Ueberhaupt haben derlei, die Stempelfreiheit begründende Armutszeugnisse nur für den besonderen Fall, für den sie ausgestellt wurden, zu gelten, und sind den Parteien nicht wieder zurückzustellen (§ 5 H. D. v. 26. Juli 1840, Nr. 457 J. G. S.).

3. Da die Frage, von wem solche Armutszeugnisse auszustellen sind und wie bei deren Ausstellung vorzugehen sei, in der Praxis verschieden beantwortet wird, wurde in den Entwurf auch darüber eine Bestimmung aufgenommen. Das Gesetz wird es bei Aufstellung des Grundsatzes bewenden lassen müssen, dass die Zeugnisse von der Gemeindevorstehung auszustellen und in der Regel von der Bezirkshauptmannschaft zu bestätigen seien (Regierungsmotive, S. 210).

Für Ausländer ist nach den verschiedenen, bei § 63 angeführten Staatsverträgen das Armutszeugnis in jedem Falle von der Behörde seines gewöhnlichen Wohnsitzes auszustellen. Wenn er nicht in dem Lande wohnt, in welchem das Begehren gestellt wird, so soll das Armutszeugnis von dem diplomatischen Vertreter des Landes, in welchem das Zeugnis vorgelegt werden soll, unentgeltlich legalisiert werden. Wohnt der Ausländer in dem Lande, in welchem das Begehren gestellt wird, so können überdies weitere Aufschlüsse bei den Behörden des Landes eingeholt werden, welchem der Ausländer angehört.

In Beziehung auf Angehörige des deutschen Reiches genügt die Legalisierung des Armutszeugnisses in Gemäßheit des Vertrages vom 25. Feber 1880, Nr. 85 R.-G.-Bl., durch die staatliche höhere Behörde, welcher die ausstellende Behörde untergeordnet ist. Das Verzeichnis derselben wurde durch die M. V. v. 12. Feber 1881, Nr. 13 R.-G.-Bl. und vom 29. August 1881, Nr. 93 R.-G.-Bl., kundgemacht.

Ueber Beschwerden wegen Verweigerung eines Armutszeugnisses zur Erlangung der Stempelfreiheit vor Gericht sind nach dem H. D. v. 21. Feber 1842, Nr. 589 J. G. S., die politischen Behörden abzusprechen berufen.

§ 66. Ob der um Gewährung des Armenrechtes ansuchenden Partei ein Advocat beizugeben ist, hat gleichfalls das Processgericht erster Instanz zu entscheiden. Zu dieser Entscheidung ist dasselbe auch dann berufen, wenn sich die Veranlassung zur Bestellung eines Advocaten wegen der Nothwendigkeit eines Rechtsmittelverfahrens oder aus anderen Gründen erst nach Bewilligung des Armenrechtes ergibt.

Die Bestellung des Advocaten selbst erfolgt durch den hiezu berufenen Ausschuss der Advocatenkammer.

Digitized by Google

1. Da sich die Wirkung des Armenrechtes nicht in allen Fällen auf die Befugnis erstreckt, die Beigebung eines Advocaten zu begehren, so wird es immer durch einen besonderen gerichtlichen Ausspruch festzustellen sein, falls eine solche Befugnis eintreten soll. Ein solcher Ausspruch kann insbesondere dann umsoweniger entbehrt werden, wenn die Veranlassung zur Bestellung eines Advocaten erst im Verlaufe des Verfahrens eintritt; denn das Gericht wird die Frage zu würdigen haben, ob die Processlage einen gesetzlichen Grund zur Beigebung eines Processvertreters darbietet. Hingegen gehört die Auswahl des der unbemittelten Partei beizugebenden Advocaten nicht zu den Functionen des Processgerichtes (Regierungsmotive, S. 210).

Der für eine arme Partei bestellte Advocat kann nach Art. XXXIII Einf.-Ges. beim Processgerichte erster Instanz um seine Enthebung ansuchen, wenn die ihm übertragene Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung muthwillig oder aussichtslos erscheint. Ist der armen Partei das Armenrecht bewilligt und ein unentgeltlicher Vertreter beigegeben, so ist es mit Hilfe desselben möglich, den Sachverhalt so weit ins Klare zu stellen, um zu entscheiden, ob die Rechtssache mit einiger Aussicht auf Erfolg durchführbar ist. Es entscheidet dann nicht mehr ein oberflächliches Abwägen äußerer Gründe, sondern es ist eine von rechtlichen Gesichtspunkten beleuchtete und geordnete Sichtung des Materiales möglich. Hierüber ist nach Vernehmung der armen Partei unter Offenhaltung des Recurses zu entscheiden (Regierungsmotive, S. 14).

§ 67. Tritt im Laufe des Rechtsstreites die Nothwendigkeit ein, der Mitwirkung eines Advocaten bedürfende Processhandlungen außerhalb des Sprengels des Gerichtshofes erster Instanz vorzunehmen, in welchem der für die arme Partei bestellte Advocat seinen Wohnsitz hat, so ist hiezu auf Antrag des letzteren oder auf Begehren der armen Partei von dem Ausschusse der hienach zuständigen Kammer ein Advocat zu bestellen, welcher in dem Sprengel des Gerichtshofes erster Instanz seinen Wohnsitz hat, in welchem die Processhandlung vorzunehmen ist.

1. Da der Wirkungskreis eines Advocaten nicht örtlich abgegrenzt ist, musste behufs entsprechender Ermäßigung der Lasten der Armenvertretung durch eine besondere Vorschrift dafür Sorge getragen werden, dass der für die unbemittelte Partei bestellte Armenvertreter nicht außerhalb eines bestimmten Territoriums in Anspruch genommen werden könne. Es scheint kein Bedürfnis vorhanden zu sein, hiebei über den Sprengel eines Gerichtshofes erster Instanz hinauszugehen. Bei

Digitized by Google

Processhandlungen, welche nach dem Gesetze der Intervention eines Advocaten bedürfen, entsteht dann die Nothwendigkeit, für diese specielle Processhandlung einen Armenvertreter zu bestellen, welchem vermöge seines Wohnsitzes die Theilnahme an der Processhandlung weniger schwer ist, als dem eigentlichen Processanwalte. Diese Bestellung wird über Antrag des letzteren oder der unbemittelten Partei auf Grund des ursprünglichen gerichtlichen Ausspruches zu erfolgen haben, dass der armen Partei ein Advocat beizugeben sei. Sie obliegt dem Ausschusse der Advocatenkammer, in deren Sprengel die fragliche Processhandlung vorzunehmen ist. Derselbe wird sich ungeachtet der gegentheiligen Antragstellung des Processanwaltes der Benennung eines Advocaten des Kammersprengels entschlagen können, wenn die fragliche Processhandlung eine solche ist, für welche die Betheiligung eines Advocaten gesetzlich nicht gefordert ist (Regierungsmotive, S. 211).

Der regelmäßige Fall einer solchen Bestellung ist der für die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgerichte gegen Urtheile der Gerichtshöfe erster Instanz, wo sohin der bestellte Armenvertreter rechtzeitig für die Bestellung seines Substituten zu sorgen haben wird. Gegen die Verweigerung der Bestellung steht nach § 16 Adv.-Ordn. der Recurs zu.

§ 68. Der Tod der Partei, welcher das Armenrecht bewilligt wurde, sowie Aenderungen in den Vermögensverhältnissen der Partei, durch welche die Bedingungen der ursprünglichen Bewilligung des Armenrechtes nachträglich beseitigt werden, bewirken das Erlöschen des Armenrechtes. Letzterenfalls ist das Erlöschen des Armenrechtes durch das Processgericht erster Instanz von amtswegen oder auf Antrag durch Beschluss auszusprechen.

Das Armenrecht ist der Partei durch Beschluss des Processgerichtes erster Instanz auf Antrag oder von amtswegen zu entziehen, sobald sich herausstellt, dass die bei der Bewilligung des Armenrechtes als bestehend angenommenen Voraussetzungen schon damals nicht vorhanden waren.

1. Mit dem Tode der Partei, der das Armenrecht ertheilt wurde, erlischt dasselbe, ohne dass es einer weiteren Beschlussfassung bedarf. Die Erben der Partei müssen, falls die Voraussetzungen gegeben sind, sich das Armenrecht für ihre Person verschaffen. Aenderungen in den Vermögensverhältnissen der Partei, welche sie in den Stand setzen, die Kosten der Processführung ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie erforderlichen nothdürftigen Unterhaltes zu bestreiten, verpflichten das Gericht, das Erlöschen des Armenrechtes über Antrag oder von amts-

Digitized by Google

wegen durch Beschluss auszusprechen. Der Kreis der antragsberechtigten Personen ist nicht beschränkt; der Processgegner, der eigene Advocat, die Finanzbehörde, die Behörde, die das Armutszeugnis ausgestellt hat, werden zur Stellung des Antrages berechtigt sein, über den ohne mündliche Verhandlung nach Einholung der etwa erforderlichen Auskünfte zu entscheiden ist.

Das Armenrecht kann der Partei aber auch entzogen werden, wenn es sich herausstellt, dass die Bewilligung desselben nicht gerechtfertigt war, sei es, dass diese Bewilligung durch unwahre Angaben erschlichen oder auf Grund falscher Voraussetzungen, z. B. der Reciprocität bei Ausländern ertheilt worden ist. Die Entziehung hat gleichfalls von amtswegen oder über Antrag ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss zu erfolgen. Zwischen diesen beiden Arten der Beendigung besteht der Unterschied, dass erstere nur ex nunc wirkt, während die Entziehung die mit dem Armenrechte verbundenen und von der Partei bisher genossenen Begünstigungen und Befreiungen als unberechtigt hinstellt und daher die Partei zur Nachzahlung der Beträge verpflichtet, deren Berichtigung ihr auf Grund dss Armenrechtes einstweilen nachgelassen war (§ 71) (Regierungsmotive, S. 211).

2. Mit dem Erlöschen oder der Entziehung des Armenrechtes fällt die Bestellung des Armenvertreters von selbst, ohne besondere Enthebung des bestellten Advocaten; doch muss derselbe, um die ihm von der Partei ertheilte Vollmacht und das auf Grund derselben bestehende Mandatsverhältnis aufzuheben, diese Vollmacht kündigen und die Anzeige hievon an den Processgegner im Sinne des § 36 bewirken. Die weitere Vorschrift des § 36, dass das Vollmachtsverhältnis so lange fortbesteht, bis die Bestellung eines anderen Advocaten von der Partei angezeigt wird, kann wohl in diesem Falle nicht gelten, vielmehr wird die Partei gemäß § 37 unter Androhung der Zurückweisung der Klage oder Klagsbeantwortung anzuweisen sein, binnen einer angemessenen Frist einen Advocaten als Processbevollmächtigten zu bestellen.

§ 69. Gegen Parteien, welche die Bewilligung des Armenrechtes durch unwahre Angaben erschlichen haben, ist eine Muthwillensstrafe zu verhängen.

Wer in dem im § 65 bezeichneten Zeugnisse wissentlich unrichtige Angaben macht oder Unrichtiges wissentlich als wahr bestätigt, haftet, wenn das Armenrecht bewilligt wurde, für die Beträge, von deren Berichtigung die Partei einstweilen befreit war, für die Kosten einer etwaigen Advocatenvertretung und für allen sonstigen verursachten Schaden.

Digitized by Google

1. Das Gesetz unterscheidet bei dem Erschleichen des Armenrechtes zwischen der Partei, welcher eine Muthwillensstrafe bis zu 300 fl. (§ 220) auferlegt werden soll, und zwischen dritten Personen, welche wissentlich bei Ausstellung des Armutszeugnisses unrichtige Angaben machen oder bestätigen. Es wird zur Unterstützung der Vorschriften über die in die Armutszeugnisse aufzunehmenden Vermögensangaben dienen, wenn im Gesetze ausgesprochen wird, dass eine bezügliche, wissentlich unrichtige Angabe auch dann eine civilrechtliche Haftung nach sich zieht, wenn sie dritten Personen zur Last fällt. Einer strafrechtlichen Haftung dieser Personen wird dadurch in keiner Weise präjudiciert (Regierungsmotive, S. 210).

§ 70. Falls dem Gegner der armen Partei der Ersatz von Processkosten auferlegt wird, können die im § 64, Z. 1 und 5, bezeichneten Kosten, von deren Bestreitung die arme Partei einstweilen befreit ist, sowie die Gebüren und Auslagen des für die arme Partei bestellten Advocaten unmittelbar bei dem Gegner eingehoben werden.

Dem Advocaten können hiebei Einreden aus den zwischen der armen Partei und ihrem Gegner bestehenden Rechtsbeziehungen nur insoweit entgegengesetzt werden, als es sich um Aufrechnung von Kosten handelt, deren Ersatz der armen Partei in demselben Rechtsstreite zu Gunsten ihres Gegners auferlegt wurde.

1. Wenn der Processgegner der armen Partei dieser die Processkosten zu zahlen hat, kann von der Nothwendigkeit eines gegen denselben wegen der Stempel- und Barauslagen und der Gebüren und Auslagen des Advocaten zu führenden besonderen Processes abgesehen werden. Die Kosten haften selbstverständlich in erster Linie für den Aufwand, von dessen Bestreitung der Arme bisher befreit war. Um nun zu vermeiden, dass die Befriedigung dieses Ersatzanspruches etwa durch das Verhalten der armen Partei hinausgeschoben oder durch irgend welche Dispositionen derselben gestört oder gefährdet werde, begründet der Entwurf die Möglichkeit, diese Befriedigung von der Mitwirkung der armen Partei ganz unabhängig zu machen, sie direct bei der zum Kostenersatze verurtheilten Partei zu suchen (Regierungsmotive, S. 211).

Die im § 84, Z. 1 bezeichneten Stempel- und anderen Staatsgebüren sind bei dem Kostenzuspruch von den übrigen Processkosten gesondert dem Aerar zum Ersatze zuzusprechen. Das Gebürenverzeichnis (§ 64, Anm. 1) ist sammt einer Abschrift des Erkenntnisses dem zur Gebürenbemessung bestimmten Amte mitzutheilen (F. M. E. v. 31. August 1858, Nr. 137 R.-G.-Bl.), welches die Eintreibung im eigenen Wirkungskreise verfügt.

Digitized by Google

Die im § 64, Z. 5 aufgezählten Barauslagen werden gemäß § 26 der M. V. v. 9. Juni 1854, Nr. 169 R.-G.-Bl. aus den Verlagsgeldern des Amtes vorgeschossen und in Vormerkung genommen, sind bei dem Kostenzuspruche von den übrigen Processkosten zum Ersatze an die Verlagscasse des Gerichtes zuzusprechen und von dem zum Ersatze verurtheilten Processgegner durch das Gericht von amtswegen einzutreiben. Dagegen können weder die Stempelgebüren noch die Barauslagen von der gebürenfreien Partei eingetrieben werden, wenn dieselbe durch den Ausgang des Processes oder auf andere Weise zahlungsfähig wird, weil die diesbezüglichen Vorschriften (§ 26 M. V. v. 9. Juni 1854, Nr. 169 R.-G.-Bl.) durch die Civilprocessordnung aufgehoben wurden (§ 68, Anm. 1).

2. Der für die arme Partei bestellte Advocat kann seine Kostenbeträge an Verdienst und Auslagen gegen den zum Kostenersatze verurtheilten Gegner als seine eigene, ihm gegen diesen zustehende Forderung eintreiben, er wird daher, wenn er von diesem Rechte Gebrauch machen und sich gegen Cessionen und Executionen aus der Person seiner Partei schützen will, den Zuspruch dieser Kosten abgesondert von den seiner Partei nach § 42 zuzusprechenden Kosten und für sich selbst zu beantragen haben, da sonst nicht feststeht, welcher Betrag ihm für seine Person zukommt.

Die Zusatzbestimmung des zweiten Absatzes ist nothwendig, weil sonst der Bestand des Vollmachtsverhältnisses sich dem Advocaten gegenüber ungemein hinderlich erweisen, beziehungsweise es der unbemittelten Partei ungemein erleichtern würde, durch irgend welche Vereinbarung mit dem Gegner die von diesem zu entrichtende Summe dem Zugriffe des Advocaten zu entziehen (Regierungsmotive, S. 211). Der zum Ersatze der Processkosten verurtheilte Gegner kann nur die ihm selbst in demselben Rechtsstreite zugesprochenen Kosten, nicht aber die ihm etwa zum Theile zugesprochene Hauptforderung in Abrechnung bringen; ein nach rechtskräftiger Entscheidung über die Kosten in der Hauptsache oder rücksichtlich der Kosten mit der armen Partei abgeschlossener Vergleich hebt den Anspruch des Advocaten nicht auf und eine Zahlung der Kosten an die arme Partei befreit die kostenpflichtige Partei dem Advocaten gegenüber nur dann, wenn dieser selbst von der armen Partei bezahlt worden ist, die arme Partei hat gegen den in die Kosten verurtheilten Gegner keinen Anspruch auf Erstattung der Auslagen und Gebüren ihres Anwaltes. Dies würde mit Absatz 2 im Widerspruche stehen, welcher außer der dort bezeichneten Einrede alle Einreden aus der Person der armen Partei, also auch die Einrede der

Digitized by Google

an diese geleisteten Zahlung ausschließt (O. L. G. Hamburg, Fuchsberger S. 217). Auf die Beitreibung der Gebüren des Armenanwaltes von dem unterlegenen Gegner erstreckt sich das Armenrecht nicht (Kammergericht Berlin, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 117).

Die Bestimmung des § 16 der Adv. O., wonach die Entlohnung des Advocaten nachträglich zu erfolgen hat, wenn die vertretene Partei aus der Vertretung zu Zahlungsmitteln gelangt, ist durch die Civilprocessordnung aufgehoben, weil eine Nachzahlung nach § 71 nur dann vorgesehen ist, wenn das Armenrecht entzogen wird, nicht aber, wenn es erlischt (§ 68, Anm. 1).

§ 71. Wenn die Voraussetzungen für eine nachträgliche Entziehung des Armenrechtes vorhanden sind, so ist die zum Armenrechte zugelassene Partei auf Antrag eines Betheiligten zur Nachzahlung der Beträge zu verhalten, von deren Berichtigung sie auf Grund des Armenrechtes einstweilen befreit war. Nach Maßgabe der Vermögensverhältnisse der armen Partei kann derselben auch bloß eine theilweise Nachzahlung auferlegt werden.

Bei solcher Verpflichtung zur Nachzahlung ist der Partei zunächst der Ersatz der baren Auslagen aufzuerlegen, welche der Staatscasse nach § 64, Z. 5, zur Last fallen, dann die Berichtigung der Gebüren des Advocaten und endlich die Bezahlung der Stempel und Gebüren.

Ein im Sinne des Absatzes 1 ergehender Beschluss ist nach eingetretener Rechtskraft in das Vermögen der zur Nachzahlung verpflichteten Partei vollstreckbar.

1. Nicht nur dann, wenn das Armenrecht nach § 68 wirklich entzogen wurde, sondern immer, auch nach rechtskräftiger Beendigung des Rechtsstreites, wenn die Voraussetzungen einer solchen Entziehung (§ 68) vorhanden sind, wenn also das Armenrecht einem Unberechtigten bewilligt worden ist, hat das Gericht die Nachzahlung der einstweilen der Partei nachgesehenen Zahlungen ganz oder zum Theile aufzuerlegen. Der Auftrag zur Nachzahlung kann nur über Antrag ergehen; andernfalls würde dem Gerichte über die Interessen des Aerars oder des etwa bestellten Armenvertreters eine Verfügung beigelegt, die ihm kraft seiner Stellung nicht zukommen kann und deren Verantwortung es auch nicht zu tragen vermag. Gegen die Entscheidungen, welche in Sachen des Erlöschens oder der Entziehung des Armenrechtes ergehen, steht der unbemittelten Partei der Beschwerdeweg ohne Beschränkung zu. Deshalb kann dann auch dem Auftrage zur Nachzahlung der Gebüren und Kosten nach Eintritt der Rechtskraft sogleich

Digitized by Google

Vollstreckbarkeit beigelegt und von der Nothwendigkeit eines gegen die arme Partei deshalb zu führenden besonderen Processes abgesehen werden (Regierungsmotive, S. 211).

Als Betheiligter zur Stellung des Antrages berechtigt erscheint die Finanzbehörde und der Advocat der armen Partei, nicht aber deren Processgegner, der die Kosten bezahlt hat, wohl aber der Streitgenosse, der die ganzen Stempel und Gebüren zahlen musste. Zur Entscheidung berufen ist das Processgericht erster Instanz, vor dem die Streitsache anhängig ist oder entschieden wurde (R. G. zu Leipzig, XII. S. 416).

§ 72. In den in den §§ 65, 66, 68 und 71 bezeichneten Fällen ist über die gestellten Anträge ohne vorhergehende mündliche Verhandlung zu entscheiden. Die ihm etwa nothwendig scheinenden Aufklärungen kann das Gericht von amtswegen einholen.

Die Entscheidung, durch welche einer Partei das Armenrecht bewilligt wird, sowie die Entscheidung, dass ein Advocat für die arme Partei zu bestellen ist, kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden.

Einer Vertretung durch Advocaten bedürfen die Parteien bei den nach Vorschrift dieses Titels vor Gericht vorzunehmenden Handlungen auch dann nicht, wenn ein Gerichtshof als Processgericht erster Instanz einschreitet.

Ueber das Gesuch um Bewilligung des Armenrechtes, um die Bestellung eines Advocaten zur Vertretung der armen Partei, über den Antrag auf Erlöschen oder Entziehung des Armenrechtes und über den Antrag, dass die arme Partei zur Nachzahlung verhalten werde, entscheidet das Gericht ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss, welcher den Parteien gemäß § 427 durch Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung (Bescheid) bekannt zu geben ist.

Wird der Antrag in der mündlichen Verhandlung gestellt, so kann zwar die Partei zu den dem Gerichte nothwendig scheinenden Aufklärungen verhalten werden, es ist jedoch eine eigentliche Verhandlung nicht zuzulassen und es ist der Beschluss, wenn nicht anderweitige Aufklärungen im schriftlichem Wege nothwendig erscheinen, mündlich zu verkünden.

Einer schriftlichen Ausfertigung bedarf es in diesem Falle nicht, sofern das Armenrecht bewilligt oder die Nothwendigkeit der Bestellung eines Advocaten ausgesprochen wird, weil gegen diese Beschlüsse ein Rechtsmittel unzulässig erscheint. Doch wird letzterer Beschluss der Advocatenkammer mitzutheilen sein, damit der Ausschuss den Armenvertreter bestelle, was auch bei einer schriftlichen Bewilligung des betreffenden Gesuches

Digitized by Google

nothwendig erscheint. Die Bewilligung des Armenrechtes soll nach dem Entwurfe der Geschäftsordnung dem Vorsitzenden des Senates zustehen.

§ 73. Das Anbringen eines Gesuches um Bewilligung des Armenrechtes, sowie die Stellung eines anderen nach den Bestimmungen dieses Titels zulässigen Antrages berechtigt keine der Parteien zur Verweigerung der Einlassung in den Rechtsstreit oder der Fortsetzung der Verhandlung oder zum Begehren um Erstreckung von Fristen oder Verlegung von Tagsatzungen.

Im Verfahren vor Gerichtshöfen kann jedoch weder wegen nicht rechtzeitiger Ueberreichung der Klagebeantwortung noch deswegen, weil die geklagte arme Partei bei der ersten zur mündlichen Streitverhandlung bestimmten Tagsatzung ohne Advocaten erscheint, ein Versäumungsurtheil gegen die arme Partei erlassen werden, wenn das von ihr ohne Verzug nach Zustellung der Klage angebrachte Gesuch um Bewilligung des Armenrechtes noch keine Erledigung gefunden hat oder im Falle der Bewilligung des Armenrechtes für die arme Partei noch kein Advocat bestellt worden ist.

1. Durch das Begehren um Bewilligung des Armenrechtes, durch den Antrag auf Erlöschen oder Entziehung des Armenrechtes soll der Fortgang des Processes nicht aufgehalten werden. Verweigert im Verfahren vor Bezirksgerichten die Partei ungeachtet richterlicher Aufforderung die Verhandlung zur Sache oder entfernt sie sich, so treffen sie gemäß § 133 die Rechtsfolgen des Ausbleibens und es kann gegen sie über Antrag des Gegners gemäß § 396 das Versäumnisurtheil erlassen werden. Fristgesuche sind gemäß § 128 auch dann abzuweisen, wenn die Gegenpartei zustimmt. Ein Begehren um Verlegung der Tagsatzung ist abzuweisen. Tritt auch der Gegner in die Verhandlung nicht ein, so ruht das Verfahren mit den im § 168 festgesetzten Folgen.

2. Im Verfahren vor Gerichtshöfen, also auch im Berufungsverfahren, ist jedoch durch Absatz 2 die Erlassung eines Versäumnisurtheiles gegen die arme Partei, die bloß wegen des Mangels eines Vertreters von den Ausbleibensfolgen getroffen werden sollte, insolange verboten, als ihr trotz rechtzeitigen Ansuchens ein ex offo Vertreter nicht bestellt ist (Motive des Herrenhauses, S. 11).

Ueberreicht die arme Partei in diesem Falle die Klagebeantwortung nicht rechtzeitig, so ist das gemäß § 398 zu stellende Begehren des Klägers um Anordnung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung abzuweisen, insolange das Begehren des Geklagten um Bewilligung des Armenrechtes und um Be-

Digitized by Google

stellung eines Advocaten noch nicht erledigt und der Armenanwalt noch nicht bestellt ist, auch wird dem bestellten Advocaten eine Frist zur Klagsbeantwortung über sein Begehren zu bewilligen sein, damit nicht sofort nach seiner Bestellung über Antrag des Klägers die Versäumnisfolgen eintreten. Erscheint die arme Partei bei der ersten Tagfahrt vor Erledigung ihres Gesuches ohne Anwalt, so ist die Tagfahrt gemäß § 242 zu erstrecken.

Zweiter Abschnitt: **Verfahren.**

Erster Titel: **Schriftsätze.**

§ 74. Die eine Streitsache betreffenden, außerhalb der mündlichen Verhandlung vorzubringenden Anträge, Gesuche oder Mittheilungen erfolgen, soweit das Gesetz nicht ein Anbringen zu Protokoll gestattet, mittels Schriftsätzen.

1. Soweit die Parteien nicht unmittelbar vor dem erkennenden Gerichte verhandeln, verkehren sie mit demselben auf schriftlichem Wege und zwar entweder durch von ihnen verfasste Eingaben, für welche in Uebereinstimmung mit den früheren Entwürfen die allgemeine Bezeichnung „Schriftsätze" angenommen wurde, oder, soweit es das Gesetz gestattet, durch Protokollaranbringen. Der schriftliche Verkehr tritt auch dann ein, wenn es dem Gerichte durch eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes gestattet ist, die Partei vor der Entscheidung zu vernehmen. Es bleibt hier dem Ermessen des Gerichtes überlassen, ob es die Parteien zu Protokoll vernehmen oder denselben bloß schriftliche Aeußerungen abfordern wolle. Solche schriftliche Aeußerungen haben dann gleichfalls mittels Schriftsätzen zu geschehen (Regierungsmotive, S. 212).

Man unterscheidet Schriftsätze, welche zur Vorbereitung einer mündlichen Verhandlung bestimmt sind (vorbereitende Schriftsätze), z. B. Klage, Klagebeantwortung; dispositive Schriftsätze, welche zur Stellung von Anträgen, Gesuchen oder Mittheilungen vom Gesetze vorgeschrieben oder für zulässig erklärt sind, z. B. Nebeninterventions-, Streitverkündigungs-, Vollmachtskündigungsschriften; und die schriftlichen Aeußerungen über Auftrag des Gerichtes.

2. Das Anbringen zu Protokoll ist gestattet:

Für Klagen, welche eine Armenpartei bei einem anderen Gerichte als dem ihres Wohnortes anbringen muss (§ 64), für

Digitized by Google

Gesuche um Ertheilung des Armenrechtes (§ 65), für den Antrag auf Unterbrechung des Verfahrens wegen Kriegsdienst oder Absperrung des Wohnortes der betreffenden Partei (§ 162), für Anträge wegen Beischaffung von Urkunden, Auskunftssachen oder Augenscheinsgegenständen, wegen Vorladung von Zeugen (§ 258), für Anzeigen, Gesuche und Recurse eines Zeugen (§§ 323, 348), für Gesuche um Beweisaufnahmen zum ewigen Gedächtnisse (§ 384), für alle Klagen, Gesuche, Anträge und Mittheilungen der nicht durch einen Advocaten vertretenen Partei vor dem Bezirksgerichte (§ 434), für die Berufung und Berufungsbeantwortung an Orten, wo nicht wenigstens zwei Advocaten ihren Sitz haben (§§ 465, 468), für Recurse der nicht durch Advocaten vertretenen Parteien vor dem Bezirksgerichte (§ 520), für die Ablehnung von Richtern (§ 22 J. N.), für den Recurs gegen die Enthebung des Armenvertreters (Art. XXXIII E. G.).

Mündliches Anbringen ist gestattet:

Bei Beschwerden gegen Zustellungsorgane (§ 91), bei Anträgen auf Abhilfe gegen Anordnungen eines beauftragten Richters im vorbereitenden Verfahren (§ 255), bei Anträgen auf Ergänzung oder Verbesserung einer Beweisaufnahme durch den ersuchten oder beauftragten Richter (§ 286), bei der Ablehnung eines Sachverständigen (§ 355).

§ 75. Jeder Schriftsatz hat zu enthalten:

1. Die Bezeichnung des Gerichtes, dann der Parteien nach Namen (Vor- und Zuname), Beschäftigung, Wohnort und Parteistellung, die Angabe der für die Parteien handelnden Vertreter und die Bezeichnung des Streitgegenstandes;

2. die Bezeichnung der Beilagen und ihrer Zahl sowie die Angabe, ob die Beilagen in Urschrift oder Abschrift angeschlossen sind;

3. die Unterschrift der Partei selbst oder ihres gesetzlichen Vertreters oder Bevollmächtigten, im Anwaltsprocesse aber, wenn nicht die Bestimmung des § 28, Absatz 1, zur Anwendung kommt, die Unterschrift des Advocaten.

1. Die formellen Erfordernisse bezwecken hauptsächlich, jeden Zweifel über die Identität der Angelegenheit auszuschließen, auf welche sich das Einschreiten der Partei bezieht (Regierungsmotive, S. 212). Die Einhaltung derselben ist imperativ vorgeschrieben. „Der Schriftsatz h a t zu enthalten." Nach § 85 hat das Gericht auf die Verbesserung der von ihm an Schriftsätzen wahrgenommenen formellen Mängel hinzuwirken, wenn letztere dem Fortgange des Verfahrens hinderlich sein könnten (Regierungsmotive, S. 214). Das Gericht wird daher bei Schrift-

Digitized by Google

sätzen, mit denen eine Rechtssache eingeleitet wird, betreffs der Identität der Person und der Adresse rigoroser vorzugehen haben, als bei späteren Schriftsätzen, bei denen der wahrgenommene Mangel den Fortgang des Verfahrens voraussichtlich nicht mehr hemmen kann.

2. Die Bezeichnung des Gerichtes wird, wie bisher, durch die Aufschrift des Rubrums des Schriftsatzes zu erfolgen haben. Für die Klage ist bei Gerichtshöfen, welchen nicht nur die allgemeine, sondern auch die besondere Gerichtsbarkeit in Handels-, See- und Bergsachen zusteht, im § 226 vorgeschrieben, dass bei der Bezeichnung des Gerichtes ersichtlich zu machen ist, dass die Verhandlung der Rechtssache vor dem Handelssenate oder vor dem zur Ausübung der Berggerichtsbarkeit bestimmten Senate beantragt wird. Dieselbe Vorsicht wird auch bei anderen Schriftsätzen, welche vor den Handelssenat oder das Berggericht gehören, anzuwenden sein. Bei Bezirksgerichten erscheint diese besondere Bezeichnung nicht nothwendig, jedoch mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 446 zulässig.

3. Die Bezeichnung der Parteien muss derart erfolgen, dass die Idendität der Person außer Zweifel gestellt wird. Bei gleichlautendem Vor- und Zunamen von Personen, die denselben Wohnort haben und sich weder in der Wohnung, noch durch ihre Beschäftigung unterscheiden, wird sich der Zusatz: Vater, Sohn, senior, junior und drgl. empfehlen. In größeren Städten muss auch das Viertel der Stadt oder der Name der Vorstadt sammt der Hausnummer beigerückt werden (H. D. v. 18. Mai 1793, Nr. 131 J. G. S.). Bei kleinen Orten, insbesondere bei solchen außerhalb des Gerichtsbezirkes ist der Bezirk oder das Postamt anzugeben, da die gleichen Ortsnamen in verschiedenen Bezirken vorkommen und bei der als Regel vorgesehenen Zustellung durch die Post vom Gerichte die genaue Adresse angegeben werden muss. Ist der Aufenthalt einer Person, der der Schriftsatz zugestellt werden soll, unbekannt, so muss dies nach § 115 glaubhaft gemacht werden.

4. Die Bezeichnung der für die Partei handelnden Vertreter (gesetzlichen Vertreter, Bevollmächtigten) ist dahin zu verstehen, dass der Vertreter nicht bezeichnet werden muss, wenn die Partei ausnahmsweise processfähig ist (§ 2) und dass nicht alle Vertreter genannt werden müssen, wenn nur einer oder einzelne (z. B. bei Handelsgesellschaften) für die Partei handeln oder handeln müssen. Von Seite jener Partei, welche den Schriftsatz einbringt, genügt nach § 4 in jenem Schriftsatze, welcher als erste Processhandlung erscheint, die Bezeich-

Digitized by Google

nung des Vertreters allein nicht; es muss vielmehr die Vertretungsbefugnis oder Vollmacht urkundlich nachgewiesen werden, wenn sie nicht offenkundig ist.

Andere Bezeichnungen sind nicht vorgeschrieben, aber zulässig; so die Bezeichnung des Zustellungsbevollmächtigten der Parteien (§ 94), der vorhergehenden Geschäftszahl des Gerichtes.

5. Die Unterschrift des Bevollmächtigten, im Anwaltsprocesse die Unterschrift des Advocaten, macht die Unterschrift der Partei entbehrlich, doch kann die Fertigung auch von dem Bevollmächtigten und von der Partei oder deren gesetzlichen Vertreter erfolgen.

Die Echtheit der Unterschrift zu prüfen, ist das Gericht von amtswegen nicht berufen. Anlangend speciell die Unterschrift des Anwaltes, ist dieselbe freilich im Hinblick auf die Bestimmung des § 27 in dem Sinne für wesentlich zu erachten, dass sie das äußere Zeichen dafür abgeben soll, dass der Schriftsatz von einem zugelassenen Anwalte ausgegangen ist. Immerhin ist jedoch anzunehmen, dass etwaige Mängel der Unterschrift dem die Civilprocessordnung beherrschenden Grundsatze der freien richterlichen Würdigung unterfallen (R. G. zu Leipzig, XXVII, S. 405). Bei der Klage und Klagebeantwortung genügt im Anwaltsprocesse die Unterschrift des Advocaten nicht, sie sind zurückzuweisen, wenn sie den Nachweis der Bestellung eines Advocaten nicht enthalten oder dieser Mangel nicht innerhalb einer richterlich zu bestimmenden Frist behoben wird (§ 37).

6. Ueber die Sprache, in welcher die Schriftsätze zu verfassen sind, enthält die Civilprocessordnung nichts. Nach dem Berichte des Ausschusses des Abgeordnetenhauses zum Einführungsgesetze der Civilprocessordnung, S. 2, bleibt der sich auf die Sprachenfrage bei Gericht beziehende § 13 der Gerichtsordnung, sowie Gesetze und Verordnungen bezüglich des Gebrauches der Sprachen vor Gericht unberührt. Die Parteien haben daher in den Schriftsätzen und sonst vor Gericht die landesübliche Sprache zu gebrauchen.

Als landesübliche Sprachen gelten neben der deutschen:

in Böhmen und Mähren die böhmische laut M. V. v. 19. April 1880, L.-G.-Bl. Nr. V.; im Sprengel des Landesgerichtes Troppau und der Bezirksgerichte Königsberg, Wagstadt und Wigstadtl in Schlesien die böhmische, und im Sprengel des Teschner Kreises die böhmische und polnische laut M. V. v. 12. October 1882, Z. 15847;

Digitized by Google

im Sprengel des Oberlandesgerichtes Krakau die polnische, im Sprengel des Oberlandesgerichtes Lemberg die polnische und ruthenische laut M. V. v. 9. Juli 1860, Z. 10340, letztere auch mit cyrillischen Schriftzeichen (M. E. v. 21. April 1861, Z. 3297;

in der Bukowina die rumänische und ruthenische laut M. V. v. 17. August 1864, Z. 7017;

im Herzogthum Krain, im Gerichtshofsprengel Cilli und in den slavischen und sprachlich gemischten Gerichtsbezirken des Herzogthums Kärnten die slovenische laut M. E. v. 18. April 1882, Z. 20513;

in den von Slaven bewohnten Landestheilen des Triester Oberlandesgerichtssprengels die slovenische laut M. E. v. 15. März 1862, Z. 865 und 20. October 1866, Z. 1861;

in Dalmatien italienisch und illirisch- dalmatinisch laut M. E. v. 26. Feber 1869, Z. 2410 und 20. April 1872, Z. 17 L.-G.-Bl. in den intalienischen Landestheilen italienisch.

§ 76. In jedem Schriftsatze sind ferner die thatsächlichen Verhältnisse, durch welche die im Schriftsatze gestellten Anträge begründet werden, in knapper, übersichtlicher Fassung gedrängt darzustellen und, wenn es eines Beweises oder einer Glaubhaftmachung dieser Anführungen bedarf, auch die Beweismittel im Einzelnen zu bezeichnen, deren man sich behufs Erbringung dieses Nachweises oder behufs Glaubhaftmachung bedienen will.

1. Der § 76 trifft nur Vorschriften für dispositive Schriftsätze. Was im einzelnen Falle im Schriftsatze oder Protokolle vorgebracht werden muss, ist nach Beschaffenheit der Umstände und nach den im concreten Falle zur Anwendung gelangenden Gesetzesbestimmungen zu beurtheilen. Es wird jedoch immer hinsichtlich ihres Inhaltes einen Unterschied machen, ob Schriftsätze oder Protokolle bestimmt sind, unmittelbar die Grundlage einer Entscheidung zu bilden. Es kann hier nicht mit der Möglichkeit einer näheren Ausführung gerechnet werden, daher wird das Vorbringen so vollständig sein müssen, als es das Eingehen in eine meritorische Erledigung concret eben verlangt. Auch Rechtsausführungen können hiebei unter Umständen nothwendig sein. Die Formvorschrift des § 76 behält jedoch ihre volle Geltung: die thatsächlichen Verhältnisse, durch welche die im Schriftsatze gestellten Anträge begründet werden, sind auch in solchen Schriftsätzen in knapper und übersichtlicher Fassung gedrängt darzustellen (Regierungsmotive, S. 212).

Zur Beseitigung diesbezüglicher Formgebrechen im Sinne des § 84 ist das Gericht jedoch nur dann berechtigt, wenn die-

Digitized by Google

selben die ordnungsmäßige geschäftliche Behandlung zu hindern geeignet sind.

Die Beweismittel, deren sich die Partei zum Beweise oder zur Glaubhaftmachung (§ 274) ihrer thatsächlichen Anführungen bedienen will, sind im Einzelnen zu bezeichnen. Zeugen sollen speciell benannt, Urkunden mit Rücksicht aut die nur für vorbereitende Schriftsätze geltende Bestimmung des § 77 in Urschrift beigelegt werden, falls nicht gemäß §§ 301, 303, 308 deren Vorlage durch eine öffentliche Behörde, durch den Gegner oder einen Dritten zu erfolgen hat. (Für Weitläufigkeiten haftet der Bevollmächtigte nach § 49).

§ 77. Wenn über den im Schriftsatze gestellten Antrag mündlich verhandelt werden soll, sind dem Schriftsatze nur Abschriften der Urkunden beizulegen, auf welche im Schriftsatze Bezug genommen wird; falls nur einzelne Theile einer Urkunde in Betracht kommen, genügt die Beifügung eines Auszuges, welcher den Eingang, die zur Sache gehörende Stelle, den Schluss, das Datum und die Unterschriften enthält.

Sind die Urkunden dem Gegner bereits bekannt oder von bedeutendem Umfange, so ist es ausreichend, wenn im Schriftsatze die Urkunden genau bezeichnet und das Anerbieten gemacht wird, deren Einsicht dem Gegner zu gewähren, oder dieselben dem Gerichte auf Verlangen vorzulegen.

Befinden sich die Urkunden nicht in den Händen der Partei, so hat sie anzugeben, auf welche Weise die Herbeischaffung dieser Urkunden zu veranlassen sei.

1. Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung muss sich der Natur der Sache nach auch auf die Beweisführung erstrecken. In der Regel wird es genug sein, dass die zu benützenden Beweismittel dem Gegner im vorbereitenden Schriftsatze bezeichnet werden. Bei Urkunden erlaubt es aber die Beschaffenheit der Beweismittel noch weiter zu gehen und das Streben nach Concentration der Processverhandlung und nach Beschleunigung des Verfahrens wird es nicht versäumen dürfen, davon thunlichst Gewinn zu ziehen. Je häufiger sich im Processe auf Urkunden berufen wird, und je größere Bedeutung dieselben dann in der Regel für das richterliche Urtheil haben, um so mehr empfiehlt es sich, dem Gegner noch vor der Verhandlung die genaueste Informierung über den von der anderen Partei zu führenden Urkundenbeweis möglich zu machen (Regierungsmotive, S. 213).

Nach den Motiven der Civilprocessordnung für das deutsche Reich, S. 130 ist diese Vorschrift in Verbindung mit §§ 82, 83 zur wesentlichen Erleichterung der Verhandlung und Förderung

Digitized by Google

des Urkundenbeweises angeordnet. Nach § 84 soll ein vorbereitender Schriftsatz zum Zwecke der Beibringung von Urkundenabschriften zurückgestellt werden. Dieser Zurückstellung kann aber die Partei dadurch vorbeugen, dass sie sich auf den großen Umfang der Urkunde oder darauf beruft, dass dieselbe dem Gegner bekannt ist. Die verspätete Vorlage kann insofern für die Partei von Nachtheil sein, als gemäß § 179 das Vorbringen derselben für unstatthaft erklärt werden kann, wie auch gemäß § 142 die Partei, welche durch verspätete Vorlage der Urkunde eine Erstreckung der Tagsatzung verschuldet, ohne Rücksicht auf den Ausgang der Sache in die Kosten verurtheilt werden kann.

2. Die Urkunden, auf welche sich die Partei in dem vorbereitenden Schriftsatze beruft, müssen dem Schriftsatze beigelegt werden. Zwar nicht in Urschrift — die Manipulation mit den vorbereitenden Schriftsätzen würde sonst zu schwer und verantwortungsvoll werden, und es ist auch von vornherein noch gar kein Bedürfnis nach dem Besitze der Urschrift vorhanden — sondern in Abschrift oder, wenn nur einzelne Theile der Urkunde in Betracht kommen, im Auszuge (Regierungsmotive, S. 213).

Ob nur einzelne Theile einer Urkunde in Betracht kommen, hat zunächst die Partei zu bestimmen, welche darauf Bezug nimmt, vorbehaltlich des Rechtes des Gegners, gemäß § 82 die Vorlegung der Urkunde selbst zu verlangen oder in der mündlichen Verhandlung die Erheblichkeit anderer Theile zu behaupten. Wird dem Schriftsatze nur eine extractweise Abschrift der Urkunde beigefügt, so liegt darin die Erklärung, dass nur diese Theile in Betracht kommen (Wilmowski, S. 223).

3. Von der Vorlage einer Abschrift darf nur in den im Abs. 2 bezeichneten Fällen Umgang genommen werden. Die eine Ausnahme (Urkunden von bedeutendem Umfange) rechtfertigt sich aus dem Gesichtspunkte der Kostenersparnis, im anderen Falle (dem Gegner bereits bekannte Urkunden) trifft die ratio der Verpflichtung zur Abschriftvorlage nicht zu. Das Vorhandensein dieser Ausnahmsfälle hat die Partei zu beurtheilen. Eine Urkunde, die der Gegner selbst ausgestellt hat, ist ihm jedenfalls bekannt.

4. Die im Abs. 3 geforderte Angabe wird eventuell dem Gerichte Anlass geben, wegen Herbeischaffung der Urkunde schon vor Beginn der mündlichen Verhandlung eine entsprechende Verfügung zu erlassen (Regierungsmotive, S. 213). Das betreffende Verfahren ist in den §§ 183, 229, 250, 300 ff. geregelt.

5. Die Vorschrift des § 77 gilt nicht für solche Anbringen, über welche vom Gerichte ohne vorgängige Verhand-

Digitized by Google

lung zu entscheiden ist. Hier wird die Partei, falls das Gericht an der Wahrheit ihrer Anführungen zu zweifeln veranlasst sein könnte, die zum Belege ihrer Behauptungen dienlichen Urkunden allerdings in Urschrift vorzulegen haben (Regierungsmotive, S. 213). Die Vorschriften über die Vorlegung der Handelsbücher und die Rechtsfolgen der Nichtvorlegung derselben (Art. 37 ff. H. G. B.) bleiben nach Art. VII Einf. G. unberührt.

§ 78. Schriftsätze, die zur Vorbereitung einer mündlichen Verhandlung bestimmt sind (vorbereitende Schriftsätze), haben nebst den sonstigen Erfordernissen eines Schriftsatzes zu enthalten:

1. die Anträge, welche die Partei bei der mündlichen Verhandlung zu stellen beabsichtigt;

2. eine der Vorschrift des § 76 entsprechende Darstellung der thatsächlichen Verhältnisse, auf welche sich die Partei zur Begründung ihrer Anträge oder zur Bekämpfung gegnerischer Anträge bei der mündlichen Verhandlung berufen will, sowie die Angabe der Beweismittel, welche die Partei bei dieser Verhandlung zur Bewahrheitung ihrer eigenen Anführungen oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen des Gegners zu benützen beabsichtigt;

3. nach Lage der Sache die Erklärungen über die Wahrheit, Richtigkeit und Vollständigkeit des in einem vorausgegangenen Schriftsatze des Gegners enthaltenen thatsächlichen Vorbringens und über die Zulässigkeit der vom Gegner bezeichneten Beweismittel.

Rechtsausführungen und Darlegungen über die Wahrscheinlichkeit oder Glaubwürdigkeit einzelner thatsächlicher Behauptungen oder über die vermuthliche Beweiskraft angebotener Beweise sind in einen vorbereitenden Schriftsatz nicht aufzunehmen.

1. Der Schriftsatz hat nicht den Zweck, die Verhandlung zu ersetzen, es soll nur durch denselben den übrigen an der Verhandlung noch betheiligten Factoren die Möglichkeit gewahrt werden, sich für diese Verhandlung entsprechend auszurüsten; der Schriftsatz ist also ein vorbereitender, nicht bloß insoferne er ankündigt, was die Partei bei der Verhandlung vorbringen und beantragen wird, sondern auch in dem Sinne, dass er dem Gerichte und dem Gegner eine ausreichende Vorbereitung für die Verhandlung gestattet, sie hiezu anregt. Wegen der großen Nachtheile der Vertagungen müssen namentlich auch Ueberraschungen durch neues Vorbringen bekämpft werden, denn sie sind das bequemste Mittel zur Erzielung von Vertagungen. Hierin liegt die große Bedeutung der vorbereitenden

Digitized by Google

Schriftsätze für den Erfolg der Processreform und für die Zweckmäßigkeit und Vortheilhaftigkeit des neuen Verfahrens. Die vorbereitenden Schriftsätze haben den Inhalt des Processvorbringens der Partei soweit zu anticipieren, dass es ihrem Gegner möglich ist, sich über alles bei der Verhandlung Vorkommende sofort zu äußern, also nicht behufs Beantwortung erst eine Vertagung stattfinden muss. Nach dieser Function der vorbereitenden Schriftsätze ist sowohl die Nothwendigkeit als der Umfang der durch solche Schriftsätze zu bewirkenden Mittheilungen zu beurtheilen (Regierungsmotive, S. 212.)

2. Ziffer 1 ist wörtlich der Civilprocessordnung für das Deutsche Reich entnommen. Nach deren Motiven, S. 22 sollen die Anträge nur den Tenor der Entscheidung enthalten, welche der Antragsteller vom Gerichte verlangt.

Diese S a c h a n t r ä g e, über welche das Gericht im Urtheile gemäß § 405 nicht hinausgehen darf und welche in der mündlichen Verhandlung zu stellen sind, müssen von solchen Anträgen unterschieden werden, welche eine processleitende Verfügung betreffen, z. B. den Ausschluss der Oeffentlichkeit, die Vorladung von Zeugen, die Herbeischaffung von Urkunden u. dgl.

Ist ein Schriftsatz bezüglich der Sachanträge mangelhaft, indem dieselben entweder ganz fehlen oder unverständlich sind, so wird gemäß § 84 auf Beseitigung der Mängel hinzuwirken sein.

3. Außer diesen Anträgen kann der nothwendige Inhalt eines vorbereitenden Schriftsatzes nur aus thatsächlichen Behauptungen, Beweisanbietungen, Erklärungen über gegnerische Anführungen und Anbietungen bestehen. Rechtsausführungen, Beweisdeductionen, Raisonnements anderer Art sind aus den vorbereitenden Schriftsätzen ausgeschlossen, auf diese kann bei der Verhandlung auch ohne Einholung besonderer Informationen erwidert werden. Was in einen vorbereitenden Schriftsatz gehört, ist in demselben knapp, klar und übersichtlich darzulegen; die vorbereitenden Schriftsätze dürfen keine Satzschriften werden. Sie sollen die mündliche Verhandlung nicht überflüssig machen, werden daher auch nach Umfang und Gestaltung bloß präparatorische Schriften bleiben müssen, (Regierungsmotive, S. 212). Eine Zurückweisung von Schriftsätzen, welche diesen Vorschriften nicht entsprechen, erscheint nach § 84 unzulässig. Ueberflüssige Weitläufigkeiten, Rechtsdeductionen und andere nicht zur Sache gehörige Anführungen der Vertreter und Bevollmächtigten können nach § 49, verspätete thatsächliche Behauptungen und Beweisanbietungen nach §. 44 beim Kostenzuspruch berücksichtigt werden.

Digitized by Google

§ 79. Ein die Stelle des Schriftsatzes versehendes protokollarisches Anbringen ist nach den Bestimmungen über die Schriftsätze einzurichten.

Erfolgt das Anbringen außerhalb einer mündlichen Verhandlung, so ist im Verfahren vor Gerichtshöfen das Protokoll von dem durch den Gerichtsvorsteher oder den Vorsitzenden eines Senates hiezu bestimmten richterlichen Beamten aufzunehmen.

§ 80. Falls ein Antrag mittels Schriftsatzes gestellt wird, oder eine auch dem Gegner zur Kenntnis zu bringende Mittheilung an das Gericht mittels Schriftsatzes erfolgt, desgleichen von allen vorbereitenden Schriftsätzen, sind, soweit nicht in diesem Gesetze etwas anderes angeordnet wird, so viele gleichlautende Ausfertigungen des Schriftsatzes zu überreichen, dass jedem der Gegner eine Ausfertigung zugestellt und überdies eine für die Gerichtsacten zurückbehalten werden kann. Den Schriftsätzen sind ferner die zur Verständigung sonstiger Betheiligter erforderlichen Rubriken beizulegen.

Die Rubriken haben die Bezeichnung des Gerichtes, der Parteien und des Streitgegenstandes in der in § 75 bestimmten Weise zu enthalten.

1. Die Anzahl der Exemplare eines Schriftsatzes richtet sich nach der Zahl der Gegner desjenigen, der den Schriftsatz überreicht. Jeder der Gegner soll eine vollständige Ausfertigung des Schriftsatzes erhalten und eine Ausfertigung hat bei den Acten zu bleiben. Die übrigen Betheiligten, also derjenige, der den Schriftsatz überreicht, seine eigenen Streitgenossen, die beiderseitigen Nebenintervenienten erhalten Rubriken.

Haben mehrere der Gegner einen gemeinsamen Vertreter, worunter hier sowohl der gesetzliche Vertreter im Sinne des § 4 als auch jeder andere Vertreter oder Bevollmächtigte mit Ausnahme des Zustellungsbevollmächtigten zu verstehen sein wird, oder hat einer der Gegner mehrere zur Empfangnahme gerichtlicher Zustellungen ermächtigte Vertreter, so genügt gemäß § 90 eine Ausfertigung. Desgleichen genügt für mehrere sonstige Betheiligte, welche einen gemeinsamen gesetzlichen Vertreter oder Bevollmächtigen haben, eine Rubrik.

Dem Zustellungsbevollmächtigten (§ 94) mehrerer Betheiligter sind dagegen so viele Exemplare des Schriftsatzes oder der Rubrik zuzustellen, als die Zahl der Betheiligten beträgt. Hat eine Partei Processvollmacht ertheilt, so hat gemäß § 93 die Zustellung aller Erledigungen an den Processbevollmächtigten zu erfolgen.

Digitized by Google

Ein Nebenintervenient, dem gemäß § 20 die Stellung eines Streitgenossen zukommt, hat von den gegnerischen Schriftsätzen eine Ausfertigung zu bekommen. Wird der Schriftsatz nicht in der erforderlichen Anzahl von Ausfertigungen und Rubriken überreicht, so ist dieses Formgebrechen gemäß § 84 von amtswegen zu beseitigen.

Eine Ausnahme trifft für das Wechsel- und Mandatsverfahren § 551. Dem Antrage auf Erlassung des Zahlungsauftrages kann nur in Ansehung derjenigen Beklagten Folge gegeben werden, für welche Exemplare der Klage nebst Beilageabschriften vorgelegt worden sind.

§ 81. Sofern nach den Bestimmungen dieses Gesetzes ein Exemplar des überreichten Schriftsatzes dem Gegner zuzustellen ist, sind demselben auch Abschriften der Beilagen des Schriftsatzes anzuschließen.

Die bei dem Gerichte zurückbehaltenen Urschriften von Beilagen sind dem Gegner auf sein Verlangen jederzeit zur Einsichtnahme vorzulegen.

Nach §§ 77, 84 ist die Vorschrift, dass dem Schriftsatze Abschriften der in demselben bezogenen Urkunden beizuschließen sind, obligatorisch. Werden Urkunden dem Schriftsatze beigelegt, dann müssen so viele dieser Urkundenabschriften beigeschlossen werden, dass jede Ausfertigung des Schriftsatzes mit einer Abschrift der Urkunden belegt ist. Eine Erleichterung ist im § 94 nur für den Fall getroffen, wenn mehrere Personen einen gemeinschaftlichen Zustellungsbevollmächtigten haben, dem zwar eine der Anzahl der von ihm vertretenen Personen gleichkommende Anzahl von Ausfertigungen des Schriftsatzes, aber nur ein Exemplar der Beilagenabschriften zuzustellen ist.

Jene Betheiligten, welche nur Rubriken erhalten, bekommen die Abschriften der Beilagen nicht.

Werden nur Auszüge der Beilagen (§ 77) vorgelegt, so erhält jeder Betheiligte nur einen solchen Auszug.

Die Originalien der Urkunden zurückzubehalten, ist betreffs der Processvollmacht zulässig (§ 30), betreffs des Armutszeugnisses (§ 65) vorgeschrieben und wird sich auch betreffs der die Vertretungsbefugnis und Processlegitimation nachweisenden Urkunden empfehlen. Andere mit dem Schriftsatze dem Gerichte in Urschrift vorgelegte Urkunden werden nur dann zurückzubehalten sein, wenn es die Partei beantragt, um der Vorlage im Sinne des § 82 vorzubeugen. Dieselben sind nach § 219 zurückzustellen, wenn der Zweck der Aufbewahrung entfallen ist und die Partei deren Zurückstellung begehrt.

Digitized by Google

Das Formgebrechen der Mangels der erforderlichen Anzahl von Urkundenabschriften, ist als die ordnungsmäßige Zustellung derselben hindernd, gemäß § 84 von amtswegen abzustellen.

§ 82. Wenn eine Partei in einem Schriftsatze auf in ihren Händen befindliche Urkunden Bezug genommen hat, ist sie auf Verlangen des Gegners verpflichtet, diese Urkunden in Urschrift innerhalb drei Tagen bei Gericht niederzulegen und den Gegner hievon zu benachrichtigen. Der Gegner kann sodann die Urkunden innerhalb drei Tagen nach empfangener Benachrichtigung einsehen und davon Abschrift nehmen.

Die Frist zur Einsichtnahme kann, wenn die Partei die Urkunde erweislich dringend benöthigt, vom Gerichte und im Verfahren vor Gerichtshöfen vom Vorsitzenden des Senates, dem die Rechtssache zugewiesen ist, auf Antrag entsprechend abgekürzt werden. Gegen den über einen solchen Antrag ergehenden Beschluss findet ein Rechtsmittel nicht statt.

1. Die Abschrift oder der Auszug genügt für die erste Information, nicht aber für die Vorbereitung der Vertheidigung des Gegners. Zu diesem Behufe muss es letzterem möglich gemacht werden, erfordenlicherfalls das Original der bezogenen Urkunde einzusehen und zwar noch vor Beginn der mündlichen Verhandlung. Die Partei, welche eine Urkunde bei der Verhandlung für sich geltend machen will und dies im Schriftsatze unter Mittheilung einer Abschrift anzeigt, hat über Verlangen des Gegners die Urschrift dieser Urkunde bei Gericht zu erlegen, wo sodann der Gegner unter gerichtlicher Aufsicht das Original der Urkunde einsehen kann (Regierungsmotive, S. 213).

Durch die Nichtbefolgung des diesbezüglichen Auftrages wird die Benützung der betreffenden Urkunde als Beweismittel in der mündlichen Verhandlung an sich nicht ausgeschlossen; die Folge der Versäumnis ist nur die, dass gemäß § 179 das Vorbringen der Urkunde als neues Beweismittel für unstatthaft erklärt werden kann, und dass der säumigen Partei die durch ihr Verschulden verursachten Kosten der Erstreckung der Tagsatzung gemäß § 142 auferlegt werden können.

Nach § 300 ist der Partei die Möglichkeit gegeben, wichtige Urkunden wegen erheblicher Hindernisse oder wegen der Besorgnis ihres Verlustes oder ihrer Beschädigung selbst in der mündlichen Verhandlung nicht vorlegen zu müssen; weiters kann das Gericht gemäß § 298 anordnen, dass dem Gegner nur diejenigen Stellen der Urkunde vorgewiesen werden, welche für den Rechtsstreit von Belang sind. Die Wahrung dieser Rechte ist im § 82 nicht vorgesehen, sie würde illusorisch werden,

Digitized by Google

wenn auch solche Urkunden vorgelegt werden müssten, und es wird in solchen Fällen der Partei nichts übrig bleiben, als dem Auftrage zur Vorlegung der Urkunde nicht nachzukommen und in der mündlichen Verhandlung den Nachtheilen durch die Begründung der Nichtvorlage zu begegnen. Wo die Vorlage der Urkunde vor einem beauftragten oder ersuchten Richter gemäß § 300 zulässig erscheint, wird dieselbe schon auf das Verlangen der Vorweisung gemäß § 82 beantragt und bewilligt werden können.

2. Das Verlangen kann formlos, brieflich oder mündlich erfolgen (Wilmowski, S. 225), doch ist auch die Stellung eines Antrages bei Gericht durch einen Schriftsatz nicht ausgeschlossen, über welchen bei Gerichtshöfen der Vorsitzende des Senates zu entscheiden hat (§ 36 des Entwurfes des Gerichtsverfassungsgesetzes). Für dieses Verlangen ist eine Frist nicht vorgeschrieben, dagegen ist diesem Verlangen innerhalb der gesetzlichen Frist von drei Tagen zu entsprechen, ohne dass an die Nichteinhaltung dieser Frist andere Nachtheile geknüpft wären, als welche sich aus dem Umstande ergeben, dass bei einer verspäteten Vorlage die Einsicht der Urkunde nicht mehr rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung erfolgen könnte.

Die Vorlage hat bei Gericht, sohin bei dem Abgange besonderer Bestimmungen bei dem Processgerichte zu erfolgen, und zwar mittels Schriftsatzes, der dem Gegner und seinen Streitgenossen zuzustellen ist (§ 80). In Erledigung dieses Schriftsatzes ist dem Gegner eine dreitägige Frist zur Einsichtnahme zu bestimmen, welche auf Antrag nach Einvernahme des Gegners (§ 129) abgekürzt werden kann, wenn die zur Vorlage aufgeforderte Partei die Urkunde erweislich dringend benöthigt. Nach Ablauf der dreitägigen oder abgekürzten Frist ist die Urkunde der Partei zurückzustellen, ohne Rücksicht darauf, ob der Gegner dieselbe eingesehen hat oder nicht. Benützt der Gegner die Frist nicht, so hat er zu gewärtigen, dass seinem Antrage auf Vertagung der mündlichen Verhandlung zur Information nicht entsprochen wird (Wilmowski, S. 225). Dasselbe gilt, wenn der Gegner die Vorlage des Originales nicht verlangt.

Gegen den gerichtlichen Auftrag zur Vorlage der Urschrift (Regierungsmotive, S. 213) sowie gegen den Beschluss über einen Antrag auf Abkürzung der Frist zur Einsichtnahme steht ein Rechtsmittel nicht zu. Nach § 181 kann der Partei auch von amtswegen die Vorlage der Urschrift aufgetragen werden.

Digitized by Google

§ 83. Advocaten steht es frei, die Mittheilung der Urschriften von Urkunden von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung vorzunehmen.

Gibt ein Advocat die ihm eingehändigte Urkunde nicht binnen der vereinbarten Frist und mangels einer Vereinbarung binnen drei Tagen nach Empfang zurück, so ist er auf Antrag nach vorgängiger mündlicher oder schriftlicher Einvernehmung durch Beschluss zu unverzüglicher Zurückgabe zu verhalten. In Bezug auf diesen Beschluss haben die Bestimmungen des § 82, Absatz 2, zu gelten. Der Beschluss ist sofort vollstreckbar.

1. Wenn auf Seiten beider Parteien Advocaten einschreiten, kann die Urkundeneinsicht statt durch gerichtliche Niederlegung des Originales auch durch Mittheilung der Urkunde von Hand zu Hand bewirkt werden. Dies tritt jedoch nur bei beiderseitigem Einverständnisse ein; ein Zwang, die Urschrift der Urkunde dem gegnerischen Anwalte behufs Einsicht zu überlassen, findet gegen den Urkundenproducenten nicht statt (Regierungsmotive, S. 213).

Der Advocat wird sich gegenwärtig zu halten haben, dass er für den Verlust der Urkunde seiner Partei verantwortlich bleibt, daher in jedem einzelnen Falle zu beurtheilen hat, ob er dieselbe ohne Gefahr herausgeben kann.

2. Um je wichtigere und unersetzlichere Beweismittel es sich hier handeln kann, umso strenger muss die Repression sein, wenn ein Advocat, welcher die Urkunde übernahm, deren rechtzeitige Zurückstellung verweigert. Auch für den Fortgang des Processes ist es von großer Wichtigkeit, dass der frühere Zustand schleunigst, durch Einschreiten des Gerichtes wiederhergestellt werden könne (Regierungsmotive, S. 213). Der Antrag hat mittels Schriftsatzes zu erfolgen, der Beschluss erfolgt ohne eigentliche mündliche Verhandlung und bei Gerichtshöfen durch den Vorsitzenden des Senates (§ 36 des E. eines Gerichtsverfassungsgesetzes), doch muss dem Gegner Gelegenheit gegeben werden, sich über den Antrag mündlich vor Gericht oder schriftlich zu äußern.

Eine Beschwerde gegen den Beschluss, mag dieser die Zurückstellung der Urkunde anordnen oder den Antrag ablehnen, ist ausgeschlossen, doch kann in letzterem Falle der Antrag bei geänderter Sachlage erneuert werden.

Die Vollstreckung des Beschlusses erfolgt gemäß § 346 Exec.-Ordn.

§ 84. Soweit in diesem Gesetze nichts anderes angeordnet ist, hat das Gericht die Beseitigung von Formgebrechen, welche die ordnungsmäßige geschäftliche Behandlung eines überreichten

Digitized by Google

Schriftsatzes zu hindern geeignet sind, von amtswegen anzuordnen. Ein solcher Beschluss kann durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden.

Als derartiges Formgebrechen ist es insbesondere anzusehen, wenn die Vorschriften der §§ 75 und 77 nicht beachtet wurden, oder wenn es an der erforderlichen Anzahl von Schriftsatzexemplaren oder von Rubriken fehlt.

Im Verfahren vor Gerichtshöfen steht die Erlassung dieser Anordnungen dem Vorsitzenden des Senates zu, dem die Rechtssache zugewiesen ist.

1. Mit der Verstärkung des richterlichen Processleitungsrechtes hängt es zusammen, dass das Gericht auch angewiesen wird, zur Verbesserung der von ihm an Schriftsätzen wahrgenommenen formellen Mängel hinzuwirken, wenn letztere dem Fortgange des Verfahrens hinderlich sein könnten. Das Hauptanwendungsgebiet dieses Rechtssatzes wird wohl das bezirksgerichtliche Verfahren bilden, der von den Parteien ohne rechtsfreundliche Unterstützung geführte Process, und es wird gewiss nicht zu bedauern sein, wenn den Parteien durch eine solche rechtzeitige Anweisung des Richters vergebliche Processhandlungen, Zeit und Kosten erspart werden (Regierungsmotive S. 214).

2. Die amtswegige Ingerenz bezieht sich nur auf Formgebrechen und erstreckt sich nur so weit, als die ordnungsmäßige geschäftliche Behandlung des Schriftsatzes dadurch behindert werden könnte. In das Innere der Schriftsätze, in eine Prüfung der Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit derselben, hat das Gericht nicht einzugehen. Den Kreis der Fälle zu umschreiben, in denen das Gericht eine Verbesserung der Schriftsätze verfügen kann, ist bei den vorhergehenden Paragraphen (§§ 75, Anm. 1; 76, Anm. 1; 77, Anm. 1; 78, Anm. 2, 3; 80, Anm. 1) versucht worden.

Die betreffenden Anordnungen des Vorsitzenden oder des Einzelnrichters können durch Rechtsmittel nicht angefochten werden; sonst würde, was zur Beförderung des Processes gedacht ist, leicht zu einem Hemmschuhe (Regierungsmotive, S. 214).

3. Neben der Beseitigung von Formgebrechen der Schriftsätze hat das Gericht auch bei jenen Schriftsätzen, welche die erste Processhandlung der betreffenden Partei oder eines neu eintretenden gesetzlichen Vertreters sind, gemäß § 6 von amtswegen auf die Beseitigung des mangelnden Nachweises der Processfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung und der etwa erforderlichen besonderen Ermächtigung zur Processführung und ebenso gemäß § 37 auf die Beseitigung des

Digitized by Google

mangelnden Nachweises der Vollmacht oder im Anwaltsprocesse des mangelnden Nachweises eines Advocaten als Processbevollmächtigten zu sehen.

Die Verfügungen betreffs Nachweises der Vollmacht oder der Bestellnng eines Advocaten stehen gleichfalls dem Vorsitzenden des Senates zu und ist die zur Behebung des Mangels zu bestimmende Frist unerstreckbar. Wegen Mangels der Processfähigkeit oder der erforderlichen gesetzlichen Vertretung aber hat der Vorsitzende gemäß § 230 den Beschluss des Senates einzuholen und ist die zur Beseitigung des Mangels zu bestimmende Frist erstreckbar (§ 6).

Ist sohin ein Schriftsatz sowohl wegen eines Formgebrechens, als auch wegen des Mangels der gesetzlichen Vertretung verbesserungsbedürftig, so wird zur Vermeidung von Complicationen in beiden Richtungen der Senat zu entscheiden haben und es bleibt die zur Behebung des ersteren Mangels gesetzte Frist auch im Falle des § 85 erstreckbar.

§ 85. Zum Zwecke der Beseitigung von Formgebrechen kann die Partei vorgeladen oder ihr der Schriftsatz mit der Anweisung zur Behebung der gleichzeitig zu bezeichnenden Formgebrechen zurückgestellt werden.

War bei Ueberreichung des Schriftsatzes eine Frist einzuhalten, so ist letzterenfalls für die Wiederanbringung eine neuerliche Frist festzusetzen, bei deren Einhaltung der Schriftsatz als am Tage seines ersten Einlangens überreicht anzusehen ist. Eine Verlängerung dieser Frist ist nicht zulässig.

Gegen die auf Grund vorstehender Bestimmungen ergehenden Beschlüsse ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht statthaft; inwiefern deshalb das Aufsichtsrecht der übergeordneten Gerichtsbehörden angerufen werden kann, ist nach den über die innere Einrichtung und Geschäftsordnung der Gerichte erlassenen Vorschriften zu beurtheilen.

1. Est ist dem Ermessen des Gerichtes überlassen, ob es die Beseitigung der Formgebrechen im mündlichen Verkehre mit der Partei oder im schriftlichen Wege für zweckmäßiger hält. Es wird auch zulässig sein, wenn der Mangel von der vorgeladenen Partei nicht sofort behoben werden kann, ihr den Schriftsatz nachträglich zur Behebung des Formgebrechens zurückzustellen. Eine besondere Vorkehrung ist dann noch für diejenigen Fälle zu treffen, in welchen durch die Ueberreichung des verbesserungsbedürftigen Schriftsatzes eine Processfrist einzuhalten ist. Bei der relativen Kürze dieser Fristen muss dafür gesorgt werden, dass die Frist in jedem Falle gewahrt werden könne, in welchem eine Verbesserung angeordnet wird (Re-

Digitized by Google

gierungsmotive, S. 214). Mit Rücksicht auf die Begründung ist es zweifelhaft, ob auch bei der Verbesserung formeller Erfordernisse von Klagen, deren Einbringung befristet ist, z. B. der Nichtigkeitsklage (§ 534), der Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruches (§ 596), der Prioritätsklage in der Meistbotsvertheilung (§ 231 E. O.) der Besitzstörungsklage (§ 454) eine unerstreckbare Reproductionsfrist zu bestimmen ist. Mit Gertscher (Gerichtszeitung 1893, Nr. 42) ist diese Frage zu bejahen, weil das Gesetz von Fristen überhaupt und nicht nur von Processfristen spricht. Die Frist ist unerstreckbar, sie kann daher auch nicht dadurch erstreckt werden, dass der Schriftsatz ohne Beseitigung aller oder einzelner der gerügten Mängel wieder überreicht wird, um eine neue Frist zur Verbesserung zu erzwingen, vielmehr ist der Schriftsatz in diesem Falle abzuweisen.

2. Wenn es auch nicht wahrscheinlich ist, so muss es doch als denkbar zugegeben werden, dass die Zurückweisung des Schriftsatzes behufs Beseitigung von Formgebrechen in Justizverweigerung ausarten könnte, denn auch die Klage ist ein solcher Schriftsatz und bei völligem Ausschlusse von Rechtsmitteln wäre der Kläger dann absolut nicht imstande, die Einleitung des Verfahrens durchzusetzen. Um derartige Besorgnisse zu zerstreuen, wurde auf den Schutz verwiesen, welchen das Aufsichtsrecht der übergeordneten Gerichtsbehörde gegen solche Ausschreitungen bietet (Regierungsmotive, S. 214).

§ 86. Gegen eine Partei, welche die dem Gerichte schuldige Achtung in einem Schriftsatze durch beleidigende Ausfälle verletzt oder welche in einem Schriftsatze den Gegner, einen Vertreter, Bevollmächtigten, Zeugen oder Sachverständigen beleidigt, kann unbeschadet der deshalb etwa eintretenden strafgerichtlichen Verfolgung vom Gerichte eine Ordnungsstrafe verhängt werden.

Aus den gleichen Gründen ist die Verhängung einer Ordnungsstrafe gegen den Advocaten zulässig, welcher den Schriftsatz unterfertigt hat.

Der Partei ist nach § 39 der Bevollmächtigte und nach § 5 der gesetzliche Vertreter derselben gleichgestellt. Auch Personen, welche nach § 38 ohne Nachweis der Vollmacht für eine Partei einschreiten oder zum Curator derselben bestellt worden sind, desgleichen Nebenintervenienten und jeder, der einen Schriftsatz bei Gericht überreicht, werden sich einer Ordnungsstrafe aussetzen, sobald sie durch beleidigende Aeußerungen das Gericht, den Gegner, Vertreter, Bevollmächtigte, Zeugen oder Sachverständige verletzen.

Digitized by Google

Die Ordnungsstrafe darf nach § 220 den Betrag von fünfzig Gulden, oder wenn dieselbe gegen einen Advocaten verhängt wird, den Betrag von 100 fl. nicht übersteigen. Ueber dieselben erkennt nach § 199 der Senat. Macht sich eine in Strafsachen der Militärgerichtsbarkeit unterstehende Militärperson einer derartigen Beleidigung schuldig, so ist sich nach § 202 an die nächste Militärbehörde wegen Bestrafung dieser Person zu wenden.

Selbstverständlich schließt eine Ordnungstrafe die strafgerichtliche Verfolgung nicht aus.

Zweiter Titel: **Zustellungen.**

§ 87. *Zustellungen erfolgen, sofern in diesem Gesetze nichts anderes vorgeschrieben ist, von amtswegen.*

Gegenstand der Zustellungen sind entweder gerichtliche Entscheidungen oder Verfügungen, oder die von einer Partei überreichten Schriftsätze, oder endlich Abschriften eines protokollarischen Parteianbringens, von welchen der Gegenpartei nach Vorschrift des Gesetzes Kenntnis zu geben ist. Das Bekanntmachen der gerichtlichen Entscheidungen und Verfügungen gehört zu den amtlichen Obliegenheiten des angerufenen Gerichtes. Soweit eine Zustellung zum Zwecke solcher Bekanntmachung erforderlich ist, wird dieselbe daher auch in Hinkunft von amtswegen zu erfolgen haben. Dieser Grundsatz steht mit unseren Auffassungen und Gewohnheiten in so engem Zusammenhange, dass ohne Noth nicht daran gerüttelt werden soll. Der Entwurf versucht es daher, was am Zustellungswesen gegenwärtig getadelt wird, zu verbessern, ohne dessen Grundlage, den Rechtssatz anzugreifen, dass die Zustellung von amtswegen zu veranlassen und aufzutragen sei.

Dies gilt auch für die Zustellung von Schriftsätzen und Protokollabschriften (Regierungsmotive, S. 215). Auch die Ladung eines Zeugen, Sachverständigen oder der zu vernehmenden Partei erfolgt durch das Gericht von amtswegen. Eine Ausnahme macht das Gesetz, wenn beide Parteien durch Advocaten vertreten sind und diese verlangen, dass ihnen die Zustellung von Hand zu Hand überlassen werde. Aber auch in diesem Falle ist die Zustellung durch das Gericht von amtswegen zu verfügen und die Advocaten haben nur die Functionen des Zustellungsorganes zu besorgen (§ 112).

Digitized by Google

1. Im Inlande.

§ 88. Zustellungen sind im Inlande in der Regel durch die Post zu vollziehen. Inwieweit Zustellungen innerhalb des Gerichtsortes oder sonst im Inlande durch Gerichtsdiener oder durch Vermittlung des Gemeindevorstehers oder der Geschäftsführer ausgeschiedener Gutsgebiete bewirkt werden können, ist im Verordnungswege zu bestimmen.

Wenn hienach für die Zustellung die Mitwirkung von Gemeinden, welche kein eigenes Statut haben, oder von ausgeschiedenen Gutsgebieten in Anspruch genommen werden soll, ist die Aeußerung des Landesausschusses einzuholen.

Die Gerichtsdiener können nur innerhalb des Sprengels des Gerichtes, bei welchem sie angestellt sind, die Gemeindeorgane und Bestellten der Geschäftsführer ansgeschiedener Gutsgebiete nur innerhalb des bezüglichen Gemeinde- oder Gutsgebietes zur Bewirkung von Zustellungen verwendet werden.

Das regelmäßige Zustellungsorgan für Zustellungen im Inlande ist die Postanstalt. Dagegen ist für Zustellungen im Auslande die Benützung der Post ausgeschlossen.

Nach § 65 der Statuten der priv. österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe (kundgemacht mit Erlass des Finanzministeriums vom 6. November 1855, Nr. 186 R.-G.-B.) müssen alle gerichtlichen Verständigungen oder sonstigen gerichtlichen Aufträge der Creditanstalt zu Handen der Direction durch das Handelsgericht in Wien zugestellt werden, widrigenfalls sie dieselben nicht anzunehmen verpflichtet ist. Zustellungen, welche für die in activer Dienstleistung stehenden Personen des Mannschaftsstandes des Heeres, der Kriegsmarine, der Landwehr und Gendarmerie bestimmt sind, haben nach § 92 durch den Chef der zunächst vorgesetzten Commandobehörde zu erfolgen. Behufs Vornahme von Zustellungen an Personen, welche die Exterritorialität genießen, oder an Personen, welche sich in der Wohnung eines Exterritorialen befinden (§ 119), sowie an Personen, welche ihren Gerichtsstand vor dem Obersthofmarschallamte haben, oder in den k. k. Hofgebäuden oder in den Wohnungen der Mitglieder des kaiserlichen Hauses wohnen (§ 32 J. N.), ist die Vermittlung des Obersthofmarschallamtes in Anspruch zu nehmen.

2. Mit der Postzustellung wird in den allermeisten Fällen, jedoch nicht ausnahmslos das Auslangen gefunden werden. Es gibt Orte, an welchen eine regelmäßige Zustellung von Postsendungen (zur Zeit wenigstens) durch Bedienstete der Post überhaupt nicht stattfindet. Für andere Orte wieder sind einstweilen noch nicht solche Bedienstete bestellt, die zugleich —

Digitized by Google

was für die weiteren Wirkungen einer gerichtlichen Zustellung von größtem Belange ist — als staatliche Urkundsorgane zur unanfechtbaren Feststellung der Thatsache des Zustellungsvollzuges verwendet werden können. Auch kann sich, um dringende Ladungen zu bewirken, die sofortige Entsendung eines gerichtlichen Zustellungsorganes unvermeidlich erweisen, kurz die Gesetzgebung wird darauf Rücksicht nehmen müssen, dass das Institut der Postzustellung unter Umständen einer Ergänzung durch andere Zustellungsarten bedarf. In welchem Maße dies, namentlich aus den ersteren mit den Posteinrichtungen selbst zusammenhängenden Gründen erforderlich ist, lässt sich nun kaum in Form eines Gesetzessatzes bestimmen; schon deshalb nicht, weil sich die Posteinrichtungen ändern, ihre Unvollkommenheiten von Jahr zu Jahr sich mindern, der regelmäßige Postbestelldienst immer weiter ausgedehnt wird. Zu bestimmen, in welchen Fällen von der Regel der Postzustellung abgegangen werden könne und wann davon abzugehen sei, wird deshalb dem Verordnungswege überlassen bleiben müssen (Regierungsmotive, S. 216).

3. Absatz 2, welcher vom Ausschusse des Abgeordnetenhauses neu aufgenommen wurde, wollte die Mitwirkung des Landesausschusses bei der im Verordnungswege zu regelnden Mitwirkung der autonomen Organe beim Zustellungsgeschäfte nach den Motiven (S. 24) auf die Gemeinden beschränken, welche kein eigenes Gemeindestatut haben. Durch eine falsche Redaction ist die Mitwirkung des Landesausschusses auch bei den ausgeschiedenen Gutsgebieten nothwendig.

4. Wie weit die eine, wie weit die andere Zustellungsart platzzugreifen habe, das sind Fragen der Zweckmäßigkeit; dem einzelnen Falle kann da auf ihre Lösung nicht aller Einfluss abgesprochen werden. Wer aber nebst den Postbestellorganen mit voller gesetzlicher Wirkung zustellen kann, welche Personen überhaupt als Zustellungsorgane in Betracht kommen, das kann nicht dem Ermessen des Gerichtes überlassen, überhaupt nicht unbestimmt bleiben. Aus diesem Grunde enthält auch der Entwurf eine Anordnung hierüber, indem er neben den Postzustellungen auch noch die Zustellung durch Gerichtsdiener, Gemeindevorsteher, Geschäftsführer ausgeschiedener Gutsgebiete als giltig anerkennt und zugleich den territorialen Kreis festsetzt, innerhalb dessen diese Personen allein zur Zustellung verwendet werden können (Regierungsmotive, S. 216).

§ 89. Die Bestimmung der Zustellungsart obliegt dem Gerichte, dessen Urtheile, Beschlüsse oder Ladungen zugestellt werden sollen oder bei welchem der zuzustellende Schriftsatz über-

Digitized by Google

reicht oder das Protokoll aufgenommen worden ist. Dieses Gericht hat auch die wegen der Zustellung nöthigen Verfügungen zu treffen.

Im Verfahren vor Gerichtshöfen kann eine solche Verfügung an Stelle des Gerichtes durch den Vorsitzenden des Senates getroffen werden, dem die Rechtssache zugewiesen ist.

1. Die Bestimmung der Zustellungsart durch das Gericht ist eine Folge des Grundsatzes, dass die Zustellungen in aller Regel von amtswegen vorzunehmen sind. Um zu vermeiden, dass der Senat allzuhäufig zur Erledigung von Fragen in Anspruch genommen werde, die von einem Einzelnrichter ebenso gut und viel rascher erledigt werden können, wird für das Verfahren vor Gerichtshöfen dem Vorsitzenden des Senates die Befugnis verliehen, die wegen Bewirkung der Zustellung nöthigen Verfügungen einschließlich der Bestimmung der Zustellungsart zu treffen. Bei Bestimmung der Zustellungsart ist selbstverständlich der Richter oder das Gericht an die gesetzlichen oder — was die Auswahl der Zustellungsart anbelangt — eventuell auch an die hierüber im Verordnungswege zu erlassenden Vorschriften gebunden. Die Zustellung hat in Gemäßheit der darüber erlassenen Vorschriften zu geschehen. Das ist auch bei dem vom Gerichte zu erlassenden Aufträgen und Weisungen zu beachten. Durch § 89 soll dem Richter in Zustellungssachen ein freies Ermessen nicht eingeräumt werden (Regierungsmotive, S. 217).

2. Eine Zustellung, welche in anderer Weise erfolgt, als im Gesetze vorgeschrieben ist, und eine Zustellung, welche an einen anderen erfolgt, als an den sie nach dem Gesetze erfolgen soll, ist ungiltig und es braucht ihr keine Folge geleistet zu werden. Ordnungswidrige Zustellungen verhindern nach § 402 die Fällung eines Versäumungsurtheiles, doch kann die ordnungswidrige Zustellung durch Unterlassung der Rüge (§ 196) geheilt werden.

§ 90. Haben mehrere Betheiligte einen gemeinschaftlichen Vertreter, so wird mit der Uebergabe einer einzigen Ausfertigung, Ladung, Protokollsabschrift oder nur eines Schriftsatzexemplares an diesen Vertreter die Zustellung an alle für vollzogen angesehen. Bei dem Vorhandensein mehrerer zur Empfangnahme gerichtlicher Zustellungen ermächtigten Vertreter eines Betheiligten, ist die Zustellung als vollzogen anzusehen, wenn einem dieser Vertreter ein Exemplar des zuzustellenden Schriftstückes übergeben wird.

Digitized by Google

Dieselben Bestimmungen gelten auch in Ansehung der zuzustellenden Abschriften von Beilagen eines Schriftsatzes oder Protokolles.

Zustellungen an Parteien, denen die Processfähigkeit mangelt, erfolgen an deren gesetzlichen Vertreter. Diese in der Regierungsvorlage enthalten gewesene Bestimmung ist von der Commission des Herrenhauses als selbstverständlich ausgelassen worden.

Welche Erleichterungen bei Zustellungen im Falle einer Mehrheit von Vertretern oder bei gemeinschaftlicher Repräsentation mehrerer Personen durch denselben Vertreter statthaben, bestimmt § 90. Unter den Vertretern sind hier alle inbegriffen, welche hinsichtlich der Zustellung der Partei gleichgestellt sind, sowohl die gesetzlichen Vertreter, als auch die Bevollmächtigten, Stellvertreter, Geschäftsführer ohne Auftrag im Sinne des § 38; dagegen nicht die nothwendigen Streitgenossen des § 14 und die Zustellungsbevollmächtigten (§ 94).

Die Zustellung an einen der mehreren Vertreter genügt nur dann, wenn derselbe allein, nicht nur in Gemeinschaft mit anderen, zur Empfangnahme gerichtlicher Zustellungen ermächtigt ist, denn nur dann ist er thatsächlich zur selbständigen Empfangnahme berechtigt.

Sind mehrere Personen nur collectiv zur Empfangnahme gerichtlicher Zustellungen ermächtigt, so kann ihnen gleichfalls nur ein Exemplar unter gemeinschaftlicher Adresse gegen gemeinsame Empfangsbestätigung zugestellt werden. Die Vorschrift des § 90 regelt nur die Erleichterungen in der zuzustellenden Anzahl der Exemplare und hat mit der weiteren Erleichterung der Ersatzzustellung (§ 105) nichts zu thun.

§ 91. Wenn das Verhalten einer der mit der Ausführung der Zustellung beauftragten Personen (Zustellungsorgane) zur Beschwerde Anlass gibt, so hat der Vorsitzende des Senates, der mit der Aufsicht über die Gerichtskanzlei betraute Richter oder der Gerichtsvorsteher, sobald er hievon Kenntnis erlangt, das Geeignete zu veranlassen, um Abhilfe zu gewähren. Der Beschwerdegrund kann mündlich angezeigt werden.

Bei Regelung der Form, in welcher gegen den Vorgang des Zustellungsorganes Abhilfe begehrt und erlangt werden kann, musste die disciplinare Unterordnung der Postbediensteten, Gemeindeangestellten u. s. w. unter ihre unmittelbaren Vorgesetzten außer Betracht bleiben. In den Grenzen ihrer Verwendung zur Besorgung gerichtlicher Zustellungen sind die Postbediensteten, Gemeindeangestellten u. s. w. als gerichtliche Organe anzusehen, welchen gegenüber der Gerichtsvorsteher

Digitized by Google

oder der mit der Aufsicht über die Gerichtskanzlei betraute Richter zur Gewährung einer Abhilfe berufen ist.

Abhilfe zu gewähren sind nicht nur die im § 91 bezeichneten richterlichen Beamten des Processgerichtes, sondern auch jene des Gerichtes berufen und verpflichtet, welches um Vornahme einer Zustellung ersucht wurde. Die Anfechtung der von diesen Beamten erlassenen Verfügungen wird, wenn es sich um die Anwendung einer Bestimmung der Processordnung handelt, nach den Vorschriften über das Rechtsmittel des Recurses, außerdem aber nach den Vorschriften über die Ausübung der Disciplinargewalt zu beurtheilen sein (Regierungsmotive, S. 217).

Falls die Abhilfe nicht in kurzem Wege erfolgen kann, wird die Vermittlung der dem Zustellungsorgane vorgesetzten Behörde in Anspruch zu nehmen sein.

§ 92. Zustellungen, welche für die in activer Dienstleistung stehenden Personen des Mannschaftsstandes des Heeres, der Kriegsmarine und der Landwehr, sowie für die in activer Dienstleistung stehenden Personen des Mannschaftsstandes der Gendarmerie bestimmt sind, haben durch den Chef der zunächst vorgesetzten Commandobehörde zu erfolgen.

Sofern sonst Zustellungen in militärischen oder vom Militär besetzten Gebäuden vorzunehmen sind, haben dieselben nach vorläufiger Anzeige an den Commandanten des Gebäudes und unter Zuziehung einer von diesem beigegebenen Militärperson zu geschehen.

Dem Mannschaftsstande des Heeres, der Kriegsmarine und der Landwehr gehören an die Personen des Soldatenstandes vom Feldwebel abwärts. Die Vorschrift ist beschränkt auf jene Personen, welche sich in activer Dienstleistung befinden, also mit Ausschluss der Urlauber, nicht einberufenen Reservisten (§ 3 des Ges. v. 20. Mai 1869, Nr. 78 R.-G.-Bl.) und nicht einberufenen Landwehrmänner (§ 1 des Ges. v. 2. April 1885, Nr. 93 R.-G.-Bl.) bis zum Tage der Einberufung oder Präsentierung. Bei diesen Personen wird es zur Vereinfachung dienen und zugleich den Anforderungen der militärischen Disciplin Rechnung tragen, wenn die zuzustellenden Schriftstücke vom Zustellungsorgane der zunächst vorgesetzten Commandobehörde des Adressaten übergeben und die Behändigung an letzteren dem Commandanten überlassen wird. Insofern die zuzustellenden Schriftstücke häufig genug Ladungen sein werden, entspricht dies auch den in der Strafprocessordnung für Zeugenvorladungen aufgestellten Regeln. Der Zustellungsschein wird bei solchen Zustellungen vom Zustellungsorgane, erst auf Grund

Digitized by Google

der Erklärung des Commandanten ausgefertigt werden dürfen, dass das fragliche Schriftstück dem Adressaten thatsächlich ausgefolgt wurde. Diese Erklärung wird auch den Tag der Behändigung des Schriftstückes zu enthalten haben (Regierungsmotive, S. 217.)

Für Zeugenvorladungen ist im § 330 vorgeschrieben, dass dieselben mittels eines an das vorgesetzte Commando gerichteten Ersuchens zu erfolgen haben. Derselbe Vorgang wird sich trotz obiger Motive auch für andere Zustellungen empfehlen, weil einestheils nur auf diese Weise auch bei verschlossenen Schriftstücken, die eine Ladung enthalten, die für nothwendig erkannte Verständigung des vorgesetzten Commandanten mit Sicherheit erfolgen wird und weil andererseits der Vorgang viel einfacher ist, wenn der Zustellungsschein bei der Zustellung datiert und gefertigt und sodann dem Gerichte von der Militärbehörde rückgestellt wird, als wenn sich das Zustellungsorgan in wiederholte und weitwendige Erörterungen mit dem Commandanten einlassen müsste, die insbesondere betreffs der Zeit der Zustellung auf besondere Sicherheit nicht Anspruch machen könnten. Hat die Militärperson einen gesetzlichen Vertreter, Process- oder Zustellungsbevollmächtigten, so erfolgen die Zustellungen selbstverständlich ohne Vermittlung des militärischen Chefs an den Vertreter.

Die Vorschrift des zweiten Absatzes ist eine Wiederholung der Bestimmungen des § 12 Ges. v. 20. Mai 1869, Nr. 78 R.-G.-Bl., und betrifft alle Zustellungen, die in von Militär besetzten Häusern stattfinden sollen, mögen sie dem Militärstande angehören oder nicht. Sofern sie nicht dem Mannschaftsstande angehören, wird ihnen direct zugestellt, das Gericht hat sich aber an den Commandanten des Gebäudes zu wenden, die beabsichtigte Zustellung anzuzeigen und die Beigabe einer Militärperson zu verlangen, unter deren Zuziehung sodann die Zustellung durch das gerichtliche Zustellungsorgan erfolgt.

Von Klagen gegen einen Officier auf Grund einer mit dem Ehrenworte verbürgten Zahlungszusicherung hat das Gericht außerdem die vorgesetzte Militärbehörde desselben zu verständigen (§ 12 Ges. v. 20. Mai 1869, Nr. 78 R.-G.-Bl.)

§ 93. Hat eine Partei für einen Rechtsstreit Processvollmacht ertheilt, so haben bis zur Aufhebung der Processvollmacht (§ 36) alle diesen Rechtsstreit betreffenden Zustellungen an den namhaft gemachten Bevollmächtigten zu geschehen.

Digitized by Google

In Rechtssachen, die sich auf den Betrieb des Handelsgewerbes einer Person beziehen, kann die Zustellung für den Principal an den Procuristen geschehen.

1. Bezüglich der Zustellung an Bevollmächtigte der Partei ist zwischen denjenigen Bevollmächtigten, welche für einen bestimmten Rechtsstreit Processvollmacht erhalten haben, und sonstigen Bevollmächtigten zu unterscheiden. Die letzteren können nur nach Maßgabe des Inhaltes ihrer Vollmacht als zur Empfangnahme von Zustellungen ermächtigt angesehen werden. In Ansehung der behufs Vornahme von Processhandlungen mit Processvollmacht ausgestatteten Vertreter hingegen kann es nicht gestattet werden, dass deren Ermächtigung zur Empfangnahme aller im Laufe des Verfahrens stattfindenden Zustellungen im Zweifel bleibe. Es haben vielmehr, sowie einer Person Processvollmacht ertheilt worden, alle für deren Mandanten bestimmten Zustellungen nur an den Bevollmächtigten zu erfolgen, und es wäre mit der Ordnung des Verfahrens ganz unverträglich, wenn die Zustellungen sowohl an die Partei als an den Bevollmächtigten vorgenommen werden könnten (Regierungsmotive, S. 217). Das Gesetz kennt von dieser Regel nur eine einzige Ausnahme. Von dem Einlangen einer Anzeige über ein vereinbartes Ruhen des Verfahrens sowie von dem Ausbleiben beider Theile von einer Tagsatzung sind gemäß § 170 sowohl der Processbevollmächtigte als auch die Parteien selbst zu verständigen.

Im Anwaltsprocesse ist durch § 37 vorgesorgt, dass bei Ueberreichung der Klage- und Klagebeantwortungschrift die Bestellung eines Processbevollmächtigten (§ 31) nachgewiesen werde. Gemäß § 133 muss im Anwaltsprocesse die erste Ladung zur mündlichen Verhandlung auch die Aufforderung enthalten, rechtzeitig einen Advocaten als Vertreter zu bestellen.

2. Welche Zustellungen den Rechtsstreit betreffen, ist nach § 31 zu beurtheilen. Zunächst gehören hierher alle Zustellungen von Schriftsätzen, Bescheiden und Erkenntnissen im Laufe des Processes einschließlich der Schriftsätze des Nebenintervenienten, alle eine Widerklage, eine Hauptintervention, eine Wiederaufnahme des Verfahrens, eine einstweilige Verfügung betreffenden Zustellungen bis zur Rechtskraft des Urtheiles und endlich — sofern die Vollmacht diesbezüglich nicht eingeschränkt ist — alle Zustellungen im Executionsverfahren. Dagegen nicht die Zustellungen, welche gegen den Machtgeber eingeleitete Sicherungs- und Executionsführungen zum Gegenstande haben, weil diese Schritte nicht zum Machtkreise des Processbevollmächtigten gehören. Auch die Zustel-

Digitized by Google

lungen im Rechtsmittelverfahren haben an den Processbevollmächtigten zu erfolgen. Haben jedoch die Parteien bereits die im Berufungs- oder Revisionsverfahren sie vertretenden Advocaten namhaft gemacht, so ist die Ladung zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungs- oder Revisionsgerichte nach §§ 480, 513 an diese zu richten.

3. Zuzustellen ist dem Processbevollmächtigten. Wenn ein Anwalt einen anderen Anwalt zu seinem Vertreter bestellt, so kann dies nicht die Wirkung haben, dass der substituierte Anwalt als Processbevollmächtigter an die Stelle des Substituenten tritt; dieser letztere, und zwar er allein, bleibt vielmehr trotz der Substitution der Processbevollmächtigte der Partei und haben deshalb an ihn die Zustellungen zu erfolgen (R. G. zu Leipzig, XI, S. 370). Bei einem Wechsel des Processbevollmächtigten haben im Anwaltsprocesse die Zustellungen bis zur Namhaftsmachung der Bestellung eines anderen Advocaten (§ 36) an den abtretenden Bevollmächtigten zu erfolgen. Im Parteienprocesse, oder wenn die Zustellung an den Processbevollmächtigten nicht bewirkt werden kann, auch im Anwaltsprocesse müsste die Zustellung an die Partei selbst erfolgen. Stirbt der Processbevollmächtigte oder wird er zur Vertretung unfähig, so tritt im Anwaltsprocesse Ruhen des Verfahrens ein (§ 160), während im Parteienprocesse die Zustellung an die Partei zu veranlassen sein wird. Stirbt die Partei (§ 155), verliert sie die Processfähigkeit, oder stirbt ihr gesetzlicher Vertreter, oder hört dessen Vertretungsbefugnis auf (§ 158), so hat dies auf die Processvollmacht keinen Einfluss.

Dem Processbevollmächtigten mehrerer Parteien ist nach § 90 nur ein Exemplar des Schriftsatzes nebst Beilagen zuzustellen. Hat eine Person mehrere Processbevollmächtigte, so kann nach § 90 an jeden derselben wirksam zugestellt werden.

4. Eine andere Zustellung, auch an die Partei selbst, ist unwirksam und bei dem Antrage auf Fällung eines Versäumnisurtheiles (§ 402) oder bei Einlegung von Rechtsmitteln von amtswegen zu beachten. Doch steht nichts entgegen, dass die in Frage kommende Partei durch ausdrücklichen Verzicht oder durch Unterlassung der Rüge (§ 196) den Mangel heile.

5. Die Procura ermächtiget nach Art. 42 H. G. B. zu allen Arten von gerichtlichen Rechtshandlungen und ersetzt jede Specialvollmacht. Die Zustellung an den Procuristen ist nicht obligatorisch vorgeschrieben, sie ist nur zulässig. Die Berechtigung eines Handlungsbevollmächtigten ist nicht nach § 93, sondern nach dem Umfange seiner Vollmacht zu beurtheilen. Collectivprocuristen sind nur gemeinschaftlich zur Em-

Digitized by Google

pfangnahme gerichtlicher Zustellungen ermächtigt; es genügt daher die Zustellung an einen derselben nicht.

Zustellungsbevollmächtigter.

§ 94. Ist eine am Orte des Processgerichtes wohnhafte Person zum Empfange der für einen am Processe Betheiligten bestimmten Schriftstücke bevollmächtigt worden (Zustellungsbevollmächtigter), so erfolgen die Zustellungen an diesen.

Dem Zustellungsbevollmächtigten mehrerer Betheiligter sind soviele Exemplare des zuzustellenden Schriftstückes zu übergeben, als Betheiligte vorhanden sind. Hinsichtlich der Abschriften von Beilagen eines Schriftsatzes oder Protokolles genügt jedoch die Zustellung je einer Abschrift jeder Beilage an den gemeinschaftlichen Zustellungsbevollmächtigten.

Zustellungsbevollmächtigte können von der Partei freiwillig bestellt werden, in gewissen Fällen aber macht es die Ordnung und Beschleunigung des Verfahrens nothwendig, die Parteien zur Namhaftmachung eines Zustellungsbevollmächtigten zu verpflichten. Einem Zustellungsbevollmächtigten können von der Partei weitergehende Berechtigungen durch darauf abzielende Vollmacht ertheilt werden. Kraft des Gesetzes ist er nur zur Empfangnahme der für die betreffende Partei ihm eingehändigten Schriftstücke berechtigt (Regierungsmotive, S. 218).

Die urkundliche Nachweisung der Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten im Sinne des § 30 ist nicht erforlich, es genügt gemäß § 97 die Namhaftmachung in einem Schriftsatze oder Protokolle. Für den Zustellungsbevollmächtigten sind weiters die Erfordernisse des § 29 (Eigenberechtigung, männliches Geschlecht) nicht vorgeschrieben, wohl aber ist die Bedingung aufgestellt, dass der Zustellungsbevollmächtigte am Orte des Processgerichtes (erster Instanz) wohnt, von welcher Regel nur dann eine Ausnahme gestattet ist, wenn ein Streitgenosse als Zustellungsbevollmächtigter für alle Streitgenossen bestellt wird (§ 97). Wo nebst dem Processbevollmächtigten für die Partei auch noch ein Zustellungsbevollmächtigter bestellt ist, hat die Zustellung, wenn der Processbevollmächtigte am Orte des Processgerichtes selbst wohnhaft ist, an ihn, in allen anderen Fällen aber an den Zustellungsbevollmächtigten zu geschehen (Regierungsmotive, S. 218).

Betreffs des Todes des Vollmachtsgebers, des Widerrufes oder der Kündigung der Vollmacht werden die Vorschriften der §§ 35, 36 analog anzuwenden sein. Im Falle des Todes des Zustellungsbevollmächtigten werden die Zustellungen an die Partei zu erfolgen haben und es wird gegebenen Falls die Nam-

Digitized by Google

haftmachung eines neuen Zustellungsbevollmächtigten aufzutragen sein.

§ 95. Einer Partei kann vom Gerichte auf Antrag oder von amtswegen aufgetragen werden, innerhalb einer ihr zugleich zu bestimmenden Frist einen am Orte des Processgerichtes wohnhaften Zustellungsbevollmächtigten namhaft zu machen:

1. wenn diese Partei außerhalb des Sprengels des Gerichtshofes erster Instanz wohnt, welcher als Processgericht einschreitet oder in dessen Sprengel sich das als Processgericht einschreitende Bezirksgericht befindet;

2. wenn die Partei während des Rechtsstreites ihren Wohnsitz außerhalb des in Z. 1 bezeichneten Gerichtshofsprengels verlegt.

Zur Erlassung einer solchen Anordnung, gegen welche ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig ist, ist im Verfahren vor Gerichtshöfen der Vorsitzende des Senates berufen, dem die Rechtssache zugewiesen ist.

1. Der Auftrag zur Namhaftmachung eines Zustellungsbevollmächtigten kann erlassen werden, wenn die Partei, also diese selbst oder im Sinne des § 5 deren gesetzlicher Vertreter oder gemäß § 39 deren Bevollmächtigter, thatsächlich nicht im Gerichtshofssprengel des Processgerichtes erster Instanz wohnt. Wohnt zwar die Partei, aber nicht deren Processbevollmächtigter im Gerichtshofsprengel, so kann dieser, dem nach § 93 zuzustellen ist, zur Namhaftmachung des Zustellungsbevollmächtigten aufgefordert werden. Der Auftrag ist unstatthaft, wenn ein Processbevollmächtigter bestellt ist, welcher im Gerichtshofsprengel des Processgerichtes wohnt. Bei Aufkündigungen in Bestandsachen muss der Aufkündigende, der nicht im Sprengel des zuständigen Bezirksgerichtes wohnt, einen daselbst wohnhaften Zustellungsbevollmächtigten bestellen und nach § 562 dessen Namen und Wohnort in der Aufkündigung angeben.

2. Der Auftrag kann erlassen werden, und zwar sowohl von amtswegen als über Antrag des Gegners. Für das Gericht, welches nach den concreten Umständen nach freiem Ermessen, ohne Anfechtung und ohne den Betheiligten hören zu müssen, über den Antrag entscheidet, wird die Rücksicht maßgebend sein, ob der Processbetrieb ohne Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten mit entsprechender Beschleunigung und Einfachheit zu bewirken ist (Wilmowski, S. 275). Obwohl die Bestimmung des § 95 unter den Vorschriften über die Zustellungen im Inlande vorkommt und bei den speciellen Vorschritten für Zustellungen im Auslande diesbezüglich nichts

Digitized by Google

angeordnet erscheint, wird dennoch und zwar vorzüglich bei nicht im Inlande wohnenden Parteien nach § 95 vorzugehen sein, weil gerade bei diesen der entfernte Wohnort und die nothwendige Vermittlung der ausländischen Behörden den Processbetrieb zu erschweren geeignet sind und die im § 121 vorgesehene Bestellung eines Curators nur dann statthaft ist, wenn die Bestätigung über die erfolgte Zustellung in angemessener Zeit nicht einlangt. Dieser Auffassung entsprechen auch die Bestimmungen des zweiten und dritten Absatzes des § 96, welche die Folgen der Nichtnamhaftmachung von Zustellungsbevollmächtigten für außer Landes wohnende Personen regeln sollen.

3. Der Auftrag zur Namhaftmachung eines Zustellungsbevollmächtigten sowie der Antrag auf Erlassung einer solchen Verfügung nach § 95 ist an keine Frist gebunden, er kann in Erledigung der Klage, aber auch noch später im Verlaufe des Processes erfolgen, insbesondere dann, wenn Verzögerungen in der Zustellung an die Partei diese Maßregel zweckmäßig erscheinen lassen. Ein Wechsel des Wohnortes wird die Aufforderung nicht nur dann rechtfertigen, wenn die Partei ihren Wohnsitz aus dem Gerichtshofprengel außerhalb desselben verlegt (Alinea 2), sondern auch dann, wenn die Partei ihren außerhalb des Gerichtshofsprengels liegenden Wohnsitz ändert. Wählt dagegen die Partei während des Processes ihren Wohnsitz innerhalb des Gerichtshofssprengels des Processgerichtes, während sie früher außerhalb dieses Sprengels wohnte, so kann sie den Zustellungsbevollmächtigten seiner Befugnis entheben und darf vom Gerichte zur Namhaftmachung eines neuen Zustellungsbevollmächtigten nicht verhalten werden.

§ 96. Wird eine gemäß § 95 erlassene Anordnung nicht befolgt, so können alle späteren Zustellungen dadurch vollzogen werden, dass die Schriftstücke der Post mit der zuletzt bekannt gewordenen Adresse der Partei übergeben werden. Die Zustellung wird mit der Uebergabe an die Post als bewirkt angesehen, wenn auch die Sendung als unbestellbar zurückkommt.

Ist die Zustellung durch die Post im einzelnen Falle nicht gestattet, so ist die Partei nach fruchtlosem Ablaufe der ihr zur Namhaftmachung eines Zustellungsbevollmächtigten gegebenen Frist zu verständigen, dass fortan die für sie bestimmten Schriftstücke mit der Wirkung der erfolgten Zustellung bei Gericht würden hinterlegt werden.

Die Uebergabe an die Post im Sinne des ersten Absatzes findet keine Anwendung, wenn die Zustellungen außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes erfolgen müssten.

Digitized by Google

1. Wenn die entfernt wohnende Partei die Namhaftmachung des Zustellungsbevollmächtigten unterlässt, so ist dem Zwecke der richterlichen Anordnung damit entsprochen, dass die Post als Zustellungsbevollmächtigter behandelt wird, oder, wenn die Zustellung nicht durch die Post geschehen kann, die für die entfernte Partei bestimmten Schriftstücke mit der Wirkung vollzogener Zustellung bei Gericht hinterlegt werden (Regierungsmotive, S. 218). Gemäß § 145 ist die Verständigung der Partei von den Rechtsfolgen der versäumten Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten nicht erforderlich.

Nach den Motiven zur Civilprocessordnung für das Deutsche Reich stehen der unterlassenen Benennung die Fälle gleich, wenn die Namhaftmachung widerrufen wird oder an den Zustellungsbevollmächtigten unter der angegebenen Adresse nicht zugestellt werden kann.

2. Mit der Uebergabe des Schriftstückes an die Post ist die Zustellung nur dann vollzogen, wenn die letzte dem Gerichte bekannt gewordene richtige Adresse gebraucht worden ist. Anzeigen von Wohnungsänderungen im Sinne des § 111 sowie anderweitige ämtliche Nachrichten über die Aenderung der Wohnung oder des Wohnortes sind daher auch im Falle des § 96 zu berücksichtigen. Wird nach Ablauf der gemäß § 95 festgesetzten Frist ein Zustellungsbevollmächtigter namhaft gemacht, so sind die weiteren Zustellungen an diesen zu richten, die Uebergabe zur Post oder die Hinterlegung bei Gericht genügen dann nicht mehr.

3. Bei Zustellungen, welche im Auslande zu erfolgen hätten, weil die Partei im Auslande wohnt oder ihren Wohnsitz dorthin verlegt und dies dem Gerichte angezeigt hat, ist die Zustellung durch Aufgabe zur Post unzulässig. In diesem Falle sowie in jenen Fällen, in denen nach den zu § 88 im Verordnungswege zu erlassenden Vorschriften die Zustellung durch die Post unstatthaft ist, muss nach fruchtlosem Ablaufe der Frist zur Bestellung des Zustellungsbevollmächtigten, somit nicht gleichzeitig mit dem Auftrage zur Namhaftmachung desselben, eine Verständigung an die Partei ergehen, dass die Zustellung durch Hinterlegung der Schriftstücke bei Gericht erfolgen werde. Diese Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumung ist nach § 145 eine nothwendige Voraussetzung der Giltigkeit der Zustellung durch gerichtliche Hinterlegung. Die für die Partei bei Gericht hinterlegten Schriftstücke sind derselben gemäß § 114 unmittelbar bei Gericht auszufolgen, sobald sie deren Ausfolgung verlangt. Gegen die Verständigung im Sinne des zweiten Absatzes steht der Partei das Rechtsmittel des Recurses zu.

Digitized by Google

§ 97. Streitgenossen, welche keinen gemeinschaftlichen Vertreter haben, müssen, und zwar als Kläger in der Klage, sonst bei Vornahme der ersten Processhandlung einen am Orte des Processgerichtes wohnhaften gemeinschaftlichen Zustellungsbevollmächtigten dem Gerichte namhaft machen. Die Streitgenossen können jedoch einen aus ihrer Mitte auch dann zum gemeinschaftlichen Zustellungsbevollmächtigten bestellen, wenn er zwar nicht am Orte des Processgerichtes, aber innerhalb des Sprengels des Gerichtshofes erster Instanz wohnt, welcher als Processgericht einschreitet oder in dessen Sprengel sich das als Processgericht einschreitende Bezirksgericht befindet, und wenn zugleich nach dem Wohnorte dieses Streitgenossen eine regelmäßige Zustellung von Postsendungen durch Bedienstete der Post stattfindet.

Unterlassen Streitgenossen die rechtzeitige Namhaftmachung eines gemeinschaftlichen Zustellungsbevollmächtigten, so ist auf Antrag der Gegenpartei eine am Orte des Processgerichtes wohnhafte geeignete Person auf Gefahr und Kosten der Streitgenossen zum gemeinschaftlichen Zustellungsbevollmächtigten derselben zu bestellen; dieser Beschluss kann nicht angefochten werden.

Im Verfahren vor Gerichtshöfen steht diese Beschlussfassung dem Vorsitzenden des Senates zu, dem die Rechtssache zugewiesen ist.

1. Nach § 80 sind von allen vorbereitenden Schriftsätzen und von allen Schriftsätzen, welche Anträge enthalten oder dem Gegner zur Kenntnis zu bringen sind, so viele Exemplare zu überreichen, dass jedem der Gegner eine Ausfertigung zukommt und eine für die Gerichtsacten zurückbehalten werden kann. Diese Bestimmung gilt sowohl bei der activen als bei der passiven Streitgenossenschaft. Laufen die den einzelnen Streitgenossen zustehenden Fristen zu verschiedenen Zeiten ab, so kann die fragliche Processhandlung von allen Streitgenossen so lange vorgenommen werden, als noch einem derselben die Frist offen steht (§ 127). Dies ist wohl der Grund, warum sowohl bei der activen als passiven Streitgenossenschaft die Namhaftmachung eines gemeinsamen Zustellungsbevollmächtigten vorgeschrieben ist. Die Bestellung eines gemeinsamen Processbevollmächtigten oder das Vorhandensein eines sonstigen gemeinsamen Vertreters aller Streitgenossen, dem die Schriftsätze und Ladungen gemäß § 90 zugestellt werden, macht die Bestellung eines gemeinsamen Zustellungsbevollmächtigten entbehrlich, wenn ein solcher nicht nach § 95 nothwendig erscheint.

2. Die Namhaftmachung des Zustellungsbevollmächtigten hat bei einer activen Streitgenossenschaft in der Klage, bei der passiven Streitgenossenschaft bei Vornahme der ersten Process-

Digitized by Google

handlung, also im ersten Schriftsatze oder bei der ersten mündlichen Verhandlung zu erfolgen. Eine Aufforderung der Kläger oder Geklagten hiezu ist nicht vorgeschrieben, daher gemäß § 145 nicht erforderlich. Keineswegs darf ein Schriftsatz wegen dieses Mangels gemäß § 84 zur Verbesserung rückgestellt oder sonst diese Beseitigung angeordnet werden, weil die ordnungsmäßige geschäftliche Behandlung dadurch nicht gehindert wird.

3. Der Zustellungsbevollmächtigte kann auch aus dem Kreise der Streitgenossen selbst bestellt werden und muss in diesem Falle nicht am Orte des Processgerichtes wohnen, vielmehr genügt es, wenn er im Sprengel des Gerichtshofes wohnt, innerhalb dessen das Processgericht erster Instanz seinen Sitz hat, und wenn außerdem nach seinem Wohnort eine regelmäßige Postverbindung besteht. Wird der Zustellungsbevollmächtigte jedoch nicht dem Kreise der Streitgenossen entnommen, so gilt die allgemeine Regel, dass er am Orte des Processgerichtes erster Instanz wohnen muss.

4. Die Rechtsfolgen des Ungehorsams gegen diese Vorschrift sind von jenen des § 96 verschieden. Der gemeinsame Zustellungsbevollmächtigte der Streitgenossen hat Obliegenheiten zu erfüllen, die man der Post nicht auferlegen kann; auch wäre hier dem Interesse des Gegners mit der Gestattung gerichtlicher Hinterlegung der zuzustellenden Schriftstücke nicht voll gedient. Es wird also in diesem Falle, wenn der Anordnung des Gesetzes nicht entsprochen wird, in anderer Weise für das Vorhandensein eines Zustellungsbevollmächtigten gesorgt werden müssen. Dies soll dadurch geschehen, dass das Gericht auf Antrag des Gegners einen Zustellungsbevollmächtigten bestellt. Die gerichtliche Nominierung wird ohne Zögern geschehen können; derselben hat eine mündliche Verhandlung nicht vorauszugehen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Gericht geeignetenfalls einen der Streitgenossen selbst zum Zustellungsbevollmächtigten bestelle (Regierungsmotive, S. 218).

§ *98. Als Zustellungsbevollmächtigter des als Streitgenosse zu behandelnden Nebenintervenienten hat die Hauptpartei, welcher sich der Nebenintervenient angeschlossen hat, insolange zu gelten, als nicht mit Zustimmung des Nebenintervenienten ein anderer gemeinschaftlicher Zustellungsbevollmächtigter vom Gerichte bestellt wurde (§ 97, Absatz 2 und 3).*

Gemäß § 20 kommt dem Nebenintervenienten die Stellung eines Streitgenossen zu, wenn das Urtheil auch in Bezug auf das Rechtsverhältnis des Intervenienten zum Gegner der Hauptpartei rechtlich wirksam ist. Der Zustellungsbevollmächtigte des Nebenintervenienten bei einer solchen Streitgenossenschaft

Digitized by Google

ist regelmäßig die Hauptpartei. Deshalb hat auch die Gegenpartei nicht das Recht, die Bestellung eines gemeinsamen Zustellungsbevollmächtigten für die Hauptpartei und den Nebenintervenienten zu beantragen, weil ein solcher in der Person der Hauptpartei besteht und damit das Interesse des Processgegners gewahrt ist. Es wird auch dem Intervenienten und dem Processgegner freistehen, im Wege der Vereinbarung einen gemeinschaftlichen Zustellungsbevollmächtigten in der Person des Nebenintervenienten oder eines dritten namhaft zu machen. Die Hauptpartei kann sich der Function eines Zustellungsbevollmächtigten nicht entziehen, sie muss dieselbe auch im Falle, als die Zulässigkeit der Nebenintervention bestritten wird, bis zur Zurückweisung der Nebenintervention beibehalten, weil einerseits bis zu diesem Zeitpunkte für die Verständigung des Intervenienten zu sorgen, andererseits aber eine Vervielfältigung der Zustellungsacte hintanzuhalten ist (Motive des Entw. v. J. 1881, S. 48). Nach dem Entwurfe war die ämtliche Bestellung eines anderen gemeinsamen Zustellungsbevollmächtigten über Antrag des Nebenintervenienten in Aussicht genommen, während der Ausschuss des Abgeordnetenhauses zur Klarstellung des Sinnes die jetzige Fassung gewählt hat. Es wird also die Hauptpartei mit Zustimmung des Intervenienten und der Intervenient selbst die gerichtliche Bestellung beantragen können. Für Intervenienten, welche nicht Streitgenossen, also nicht Partei sind, ist die Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten nicht vorgeschrieben.

§ 99. Der für eine einzelne Person bestellte Zustellungsbevollmächtigte hat dieser die für sie bestimmten, ihm zugestellten Schriftstücke jeweils ohne Aufschub zu übersenden. Desgleichen hat der gemeinschaftliche Zustellungsbevollmächtigte, wenn nicht durch Vereinbarung etwas anderes bestimmt wird, die empfangenen Schriftstücke den Personen, für welche er Zustellungen übernommen hat, jeweils ohne Aufschub zu übersenden und denselben die Einsicht der von ihm zu verwahrenden Beilageabschriften, sowie deren weitere Abschriftnahme zu gestatten.

Die Obliegenheiten des Zustellungsbevollmächtigten bedürfen einer gesetzlichen Regelung nur insoweit, als dieselben nicht durch einen Vertrag bestimmt werden (Motive des Entwurfes v. J. 1881, S. 48). Die Erfüllung derselben zu überwachen, steht dem Gerichte nicht zu. Mit der Zustellung an den Zustellungsbevollmächtigten ist die Zustellung vollzogen und der Zustellungsbevollmächtigte haftet seinem Vollmachtsgeber nach Inhalt der Vollmacht und in Ermangelung näherer Bestimmungen nach § 99. Da jedoch niemand zur Uebernahme

Digitized by Google

einer Geschäftsführung für andere gezwungen werden kann, so kann auch der namhaft gemachte Bevollmächtigte, ja selbst der gerichtlich bestellte Zustellungsbevollmächtigte, wenn er die Bevollmächtigung nicht angenommen hat, die Annahme der Zustellung ablehnen und es kann in diesem Falle die Zurücklassung oder Hinterlegung des Schriftstückes im Sinne des § 109 die Rechtswirkung der Zustellung nicht ersetzen. Hat aber der Zustellungsbevollmächtigte den Auftrag angenommen, so kann er sich von seinen Verpflichtungen nur durch Kündigung der Vollmacht und Anzeige derselben an den Processgegner im Sinne des § 36 befreien.

Zeit der Zustellung.

§ 100. An Sonn- und Feiertagen darf eine Zustellung, sofern sie nicht durch die Post vollzogen wird, nur mit richterlicher Erlaubnis erfolgen. Diese Erlaubnis kann vom Vorsitzenden des Senates, sowie vom Vorsteher des Processgerichtes oder des Bezirksgerichtes, in dessen Sprengel die Zustellung geschehen soll, ertheilt werden und ist auf dem zuzustellenden Schriftstücke ersichtlich zu machen.

Der Beschluss, durch welchen die Erlaubnis ertheilt oder verweigert wird, kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden.

Die vorstehenden Bestimmungen haben auch Anwendung zu finden, wenn eine Zustellung zur Nachtzeit bewirkt werden soll.

1. Ueber die Zeit der Zustellung scheinen nur insoferne Bestimmungen nöthig, als Zustellungen an Sonn- und Feiertagen und solche zur Nachtzeit in Frage kommen. In Bezug auf die Postzustellung muss sich an die allgemeinen für den Postverkehr geltenden Vorschriften angeschlossen werden. Eine Zustellung zur Nachtzeit ist übrigens schon durch die Postvorschriften in der Regel ausgeschlossen. Soferne eine solche Zustellung über besonderen Wunsch des Aufgebers dennoch erfolgt, würde dann auch für die gerichtliche Zustellung mittels Post die Bestimmung des § 100 Anwendung finden. Die Aufgabe der Sendung mit der Weisung, dass sie auch zur Nachtzeit zuzustellen sei, könnte also nur geschehen, wenn hiezu vorher eine richterliche Erlaubnis erwirkt worden. Für die sonstigen Zustellungsarten wurde die Behändigung an Sonn- und Feiertagen und zur Nachtzeit von einer besonderen Ermächtigung abhängig gemacht. Sie zu erwirken, bleibt der betreibenden Partei überlassen. Die Formen hiefür sind so einfach als möglich. Der Antrag kann mündlich gestellt werden und ist ohne Verhandlung zu erledigen. Die Antragstellung kann gleich bei der Ueberreichung des zuzustellenden Schrift-

Digitized by Google

satzes u. s. w. erfolgen oder erst nachträglich, wenn sich ergibt, dass der Adressat anders als bei Nachtzeit oder an Feiertagen an dem bestimmten Orte nicht angetroffen werden kann (Regierungsmotive, S. 219). Nöthigenfalls kann auch von amtswegen die Erlaubnis zur Zustellung an Sonn- und Feiertagen oder zur Nachtzeit ertheilt werden (Motive des Ausschusses des Abgeordnetenhauses, S. 25).

2. Der Begriff des allgemeinen Feiertages bestimmt sich einfach nach dem Kalender. Die Feste der Landespatrone in den einzelnen Kronländern sind allgemeine Feiertage, dagegen nicht die Festtage einzelner Confessionen, z. B. die jüdischen Feiertage. Allgemeiner Feiertag ist nur derjenige, welcher gesetzlich für die Gesammtheit der Bevölkerung gilt. Welche Tage im Sinne dieses Gesetzes als Feiertage zu gelten haben, ist nach § 221 im Verordnungswege zu bestimmen. Welche Abschnitte des Tages als Nachtzeit anzusehen seien, wird nach den am fraglichen Orte herrschenden Lebensgewohnheiten zu entscheiden sein; genaue Normen darüber können eben mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der geographischen Lage, der Jahreszeit und Lebensgewohnheiten nicht aufgestellt werden (Regierungsmotive, S. 219).

3. Die Vorschrift des § 100 ist von den Zustellungsorganen zu beobachten. Eine an Sonn- und Feiertagen oder zur Nachtzeit erfolgte Zustellung ist jedoch an sich nicht ungiltig, sondern berechtigt nur zur Verweigerung der Annahme (§ 109) oder zur Rüge (§ 196), wird sohin durch die Annahme und durch die Unterlassung der Rüge saniert. Deshalb ist auch vorgeschrieben, dass die Ertheilung der Erlaubnis zur Zustellung an Sonn- und Feiertagen oder zur Nachtzeit, gegen welche ein Rechtsmittel nicht zusteht, auf dem zuzustellenden Schriftstücke ersichtlich gemacht werde, damit dem Adressaten zur Kenntnis gebracht werde, dass er die Annahme nicht verweigern und die unzeitgemäße Zustellung nicht rügen kann. Diese Ersichtlichmachung kann formlos mit einigen Worten unter Fertigung des die Erlaubnis ertheilenden Richters erfolgen.

Ort der Zustellung.

§ 101. Die Zustellung hat am Zustellungsorte in der Wohnung, in der gewerblichen Betriebsstätte, im Geschäftslocale oder am Arbeitsplatze der betreffenden Person und bei Advocaten und Notaren in deren Kanzlei zu erfolgen; eine außerhalb dieser Räume vorgenommene Zustellung ist nur giltig, wenn die Annahme des Schriftstückes nicht verweigert wurde.

In Ermanglung einer Wohnung, einer gewerblichen Betriebsstätte, eines Geschäftslocales oder eines Arbeitsplatzes können

Digitized by Google

Zustellungen vorgenommen werden, wo die Person, welcher zugestellt werden soll, angetroffen wird.

1. Parteien, welche am Orte der Zustellung eine Wohnung, eine gewerbliche Betriebsstelle, ein Geschäftslocale oder einen Arbeitsplatz haben, müssen die Zustellung außerhalb dieser Oertlichkeiten nicht annehmen. Die Wahl unter diesen Oertlichkeiten steht jedoch nicht der Partei zu, sie muss die Zustellung an jedem dieser Orte annehmen.

2. Unter Wohnung ist nicht der Wohnsitz, sondern der wirkliche Wohnort, die Localität zu verstehen, in welcher die Partei thatsächlich, wenn auch nur vorübergehend, z. B. im Gasthause, auf der Sommerfrische oder besuchsweise wohnt. Die gewerbliche Betriebsstätte oder das Geschäftslocale ist jene Räumlichkeit, in welcher die Partei gewöhnlich ihren Berufsgeschäften obliegt. Der Begriff ist im weiteren Sinne gemeint, wie schon die Aufzählung der Kanzleien der Advocaten und Notare zeigt, welche zu den Geschäftslocalen im weiteren Sinne zählen. Zur Vereinfachung wurde von der Permanenzcommission des Herrenhauses (S. 16) der Arbeitsplatz angeführt, der Ort, an welchem die Partei gewöhnlich ihrer Arbeit obliegt.

Die Zustellung außerhalb dieser Räumlichkeiten ist zwar von dem Zustellungsorgane zu vermeiden, ist jedoch an sich nicht nichtig, sondern muss nur im Falle der Verweigerung der Annahme an einem dieser Orte wiederholt werden, ehe zu der Hinterlegung im Sinne des § 109 geschritten werden kann. Personen, welche am Zustellungsorte keine Wohnung u. s. w. innehaben, Reisenden, Obdachlosen kann überall zugestellt werden, wo sie das Zustellungsorgan antrifft. Schicklichkeitsrücksichten werden die Wahl eines angemessenen Ortes und einer passenden Gelegenheit vorschreiben.

Ersatzzustellung.

§ 102. Wird die Person, welcher zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen, so kann die Zustellung mit Wirksamkeit an jeden dem Zustellungsorgane bekannten, in der Wohnung befindlichen erwachsenen, zur Familie gehörigen Hausgenossen oder an eine in der Familie dienende erwachsene Person geschehen.

Werden auch solche Personen nicht angetroffen, so kann das zuzustellende Schriftstück dem in demselben Hause wohnenden Vermieter oder einer von diesem bestellten, ebenda wohnenden Aufsichtsperson eingehändigt werden, wenn dieselben zur Annahme bereit sind.

Digitized by Google

1. In diesem und den folgenden Paragraphen wird die sogenannte Ersatzzustellung geregelt, deren Wesen darin besteht, dass sie durch die Zustellung an den Ersatzmann wirksam wird, ohne dass es auch darauf ankommt, ob der Ersatzmann die zugestellten Stücke an den Adressaten weiter befördert hat oder nicht. Aber der Zweck einer jeden Zustellung besteht in der Uebergabe des zuzustellenden Stückes an den Adressaten, dieser durch das Wesen der Zustellung gegebene Zweck wird aber auch durch vollständige und rechtzeitige Uebergabe an den Adressaten seitens des Ersatzmannes erreicht (R. G. Leipzig, XVII, S. 407). Durch den Nachweis der Uebergabe des Schriftstückes seitens eines nichtberechtigten Ersatzmannes an den Adressaten wird daher dieser Zustellungsmangel geheilt.

2. Unzulässig ist die Ersatzzustellung in sachlicher Beziehung bei der Zustellung von Klagen (§ 106) und anderen den Klagen gesetzlich gleichgestellten Schriftstücken (§ 108). Für die Urtheilsausfertigung ist dagegen die Zustellung zu eigenen Handen nicht vorgeschrieben. Unzulässig ist ferner die Ersatzzustellung in persönlicher Beziehung bei Personen, welche keine Wohnung oder kein Geschäftslocale oder keine gewerbliche Betriebsstätte im Sinne des § 101 haben.

3. Nach § 102 ist die Ersatzzustellung nur zulässig, wenn die Person, welcher zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen wird. Unter der Person, welcher zugestellt werden soll, ist nicht nur die Partei, sondern auch der gesetzliche Vertreter, der Processbevollmächtigte, Zustellungsbevollmächtigte, gemeine Bevollmächtigte, Procurist zu verstehen, dem nach der Weisung des Gerichtes zugestellt werden soll. Um der Voraussetzung des Nichtantreffens zu genügen, wird das Zustellungsorgan sich mit Rücksicht auf die Lebensweise und Beschäftigung der Partei bemühen müssen, die Partei selbst in der Wohnung zu treffen oder dieselbe, wenn sie ein Geschäftslocale, eine gewerbliche Betriebsstätte oder einen Arbeitsplatz hat, dort aufzusuchen, falls ihm eine solche Localität bekannt ist, oder von den Hausgenossen bekannt gemacht wird. Denn es würde z. B. zu Unzukömmlichkeiten führen, wenn einem Advocaten die Zustellungen in seiner Wohnung an einen Hausgenossen behändigt würden, während er am selben Orte seine Kanzlei hat. Diese Bemühung vorausgesetzt, ist das thatsächliche Nichtantreffen in der Wohnung genügend, ohne dass es auf den Grund dessen weiter ankommt. Weder ist es nöthig, dass der Empfänger in der Wohnung nicht anwesend ist und dass es unmöglich ist, ihn dort zu treffen; noch ist es erheblich,

Digitized by Google

aus welchen Gründen, ob wegen Krankheit, Gefangenschaft, anderweitiger Beschäftigung, Schlafens, Essens u. s. w. der in der Wohnung anwesende Adressat für das Zustellungsorgan zur Zeit nicht zu treffen ist (Wilmowski, S. 283) oder sich verborgen hält.

4. Die Ersatzzustellung kann an einen Hausgenossen oder an eine dienende Person geschehen. Die betreffende Person muss dem Zustellungsorgane in dieser ihrer Eigenschaft bekannt und erwachsen sein. Bei der Frage, ob jemand ein Erwachsener im Sinne des § 102 sei, kann es nicht darauf ankommen, dass dasjenige Familienmitglied, an welches die Zustellung erfolgt, nach dem Ermessen des zuzustellenden Beamten soweit in der Entwicklung vorgeschritten sei, dass es die Bedeutung des Actes verstehe, und man ihm die richtige Weiterbesorgung des zugestellten Schriftstückes zutrauen könne. Zu den Erwachsenen sind ohne Rücksicht auf die Großjährigkeit diejenigen zu rechnen, deren körperliche Reife über die des Knaben- beziehungsweise entsprechenden Mädchenalters hinaus entwickelt ist. Ob das der Fall, ist eine Thatfrage, über welche zunächst allerdings das Zustellungsorgan zu entscheiden hat, jedoch nicht mit bindender Kraft für das erkennende Gericht (R. G. Leipzig, XIV, 339). Der Hausgenosse muss außerdem zur Familie des Adressaten gehören, also mit dessen Familie wohnen, wenn auch nur vorübergehend. Die Familienangehörigkeit wird nach § 40 a. b. G. B. durch die Verwandtschaft oder Schwägerschaft begründet, doch wird auch das Hauswesen eines Junggesellen oder einer unverheirateten Frauensperson Familienangehörige als Hausgenossen beherbergen können. Dienstleute gehören nicht zu den Familienangehörigen, da sie neben diesen besonders genannt werden, es kann daher eine Zustellung an diese nicht zu Handen des Dienstherrn oder eines Familienangehörigen desselben erfolgen. Dienende, denen für den Adressaten zugestellt werden soll, müssen in der Familie dienen, brauchen aber nicht bei dem Adressaten zu wohnen, wohl aber wird ein dauerndes Dienstverhältnis vorausgesetzt und können unter diesen Personen nur zu einzelnen Dienstleistungen und Arbeiten benutzte Taglöhner und ähnliche Personen nicht verstanden werden (R. G. Leipzig, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 135). An alle diese Personen muss die Ersatzzustellung in der Wohnung des Adressaten erfolgen, weil dort die Zustellung zu eigenen Handen vergeblich versucht worden sein muss. Verweigert die Ersatzperson, die das Zustellungsorgan antrifft, die Annahme, dann darf nicht an eine der im Absatze 2 genannten Personen zugestellt, sondern es muss nach § 109 vorgegangen werden.

Digitized by Google

5. Erst wenn keine solchen Hausgenossen oder Dienstleute angetroffen werden, ist die Ersatzzustellung an den Vermieter oder die von diesem bestellte Aufsichtsperson zulässig. Beide müssen jedoch in demselben Hause, wenn auch nicht in demselben Gebäude, wie der Adressat wohnen. Als Vermieter wird sowohl der Hausbesitzer als dessen Mieter anzusehen sein, bei dem der Adressat in Aftermiete wohnt. Unter Aufsichtsperson wird nur eine solche verstanden werden können, welche ein gewisses Aufsichtsrecht über Haus und Bewohner hat und eine solche ist der der Verwaltung in allen Beziehungen untergeordnete Portier nicht (O. L. G. Karlsruhe, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 135).

Verweigert der Vermieter oder die Aufsichtsperson die Annahme, so kann nicht nach § 109 vorgegangen werden, sondern nach § 104. Die Ersatzzustellung an den Processgegner des Adressaten für diesen ist nach § 103 unstatthaft.

§ 103. Für Personen, welche in ihrem Geschäftslocale oder an der Stätte ihres Gewerbebetriebes nicht angetroffen werden, kann die Zustellung an eine der daselbst anwesenden erwachsenen Personen geschehen, von welcher das Zustellungsorgan weiß, dass sie zur Familie des Adressaten gehört oder in dessen Geschäft oder Gewerbe bedienstet ist.

Wird der Advocat oder Notar, dem zugestellt werden soll, in seiner Kanzlei nicht angetroffen, so kann die Zustellung an jeden daselbst anwesenden, dem Zustellungsorgane bekannten Angestellten oder Bediensteten des Advocaten oder Notars erfolgen.

Die Zustellung an einen der in Absatz 1 und 2 und in § 102 bezeichneten Familienangehörigen, Hausgenossen, Angestellten, Bediensteten u. s. w. ist unstatthaft, sofern dieselben an dem Rechtsstreite als Gegner der Person, an welche die Zustellung erfolgen soll, betheiligt sind.

1. Für Personen (§ 102, Anm. 3), welche ein Geschäftslocale oder eine gewerbliche Betriebsstätte (§ 101) am Zustellungsorte haben und dortselbst nicht angetroffen werden (§ 102, Anm. 3), kann die Ersatzzustellung an einen der in diesem Locale anwesenden erwachsenen (§ 102, Anm. 4) Familienangehörigen, welcher nicht Hausgenosse zu sein braucht (§ 102, Anm. 4), oder in dessen Gewerbe oder Geschäfte Bediensteten erfolgen. An andere Bedienstete, welche zu dem Geschäfte oder Gewerbe in keiner Beziehung stehen, z. B. Dienstboten zur Verrichtung häuslicher Arbeiten, darf die Zustellung nur dann erfolgen, wenn das Geschäftslocale oder die Betriebsstätte innerhalb der Wohnung des Adressaten liegt, wo sodann die Bestimmungen der §§ 102, 103 nebeneinander

Digitized by Google

zur Anwendung kommen. Uebrigens ist die Ersatzzustellung nicht auf Angelegenheiten beschränkt, welche sich auf das Geschäft des Adressaten beziehen. Auch ist nicht erforderlich, dass das Locale vom Adressaten ausschließlich für sich benutzt wird; auch kann der Ersatzempfänger ein gemeinschaftlicher Bediensteter des Adressaten und des anderen Inhabers des Geschäftslocales sein (R. G. Leipzig, XVI, S. 349). Vorausgesetzt wird ein dauerndes Dienstverhältnis und die Anwesenheit im Locale, also die Zustellung im Locale selbst.

2. Neben Bediensteten der Advocaten und Notare ist auch von den Angestellten derselben die Rede, weil der erstgenannte Ausdruck nicht alle bei Advocaten und Notaren beschäftigten Personen, insbesondere nicht die Concipienten derselben umfasst (Motive des Ausschusses des Abgeordnetenhauses, S. 25). Diese Einschaltung darf nicht zu dem Irrthume führen, dass bei Geschäfts- und Gewerbetreibenden die Ersatzzustellung an die Angestellten, die Bediensteten höherer Ordnung unzulässig sei, da doch gerade sie mehr Gewähr dafür bieten, dass durch sie der Zweck der Zustellung sicherer zu erreichen ist. Im übrigen gilt für das Personale dasselbe wie unter Anmerkung 1. Verweigern alle im Geschäfte anwesenden Ersatzpersonen die Annahme und ist auch in der Wohnung die Zustellung nicht zu bewirken, so ist nach § 109 vorzugehen.

3. Die Ersatzzustellung ist unstatthaft, wenn die Ersatzperson an eben diesem Processe als Gegner des Adressaten betheiligt, also Processgegner desselben oder dem Processgegner als Nebenintervenient beigetreten ist.

Das Zustellungsorgan, insbesondere der Postbedienstete ist nicht in der Lage, dieses Parteiverhältnis zu prüfen. Es wird daher Sache des die Zustellung veranlassenden Richters sein, im Sinne des § 89 die geeigneten Verfügungen zu treffen, damit eine solche unstatthafte Ersatzzustellung dort wo sie zu befürchten ist, bei Processen zwischen Mieter und Vermieter, zwischen Hausgenossen, zwischen Principal und Bediensteten von dem Zustellungsorgane vermieden werde.

§ 104. Wenn sich die Zustellung weder unmittelbar an die Person, welcher zugestellt werden soll, noch nach den Bestimmungen der §§ 102 und 103 bewirken lässt, kann sie dadurch erfolgen, dass das zuzustellende Schriftstück, falls die Zustellung durch die Post zu vollziehen war, bei dem Postamte, zu dessen Amtsbereich der Zustellungsort gehört, in allen anderen Fällen aber bei dem Gemeindevorsteher des Zustellungsortes oder bei dem Geschäftsführer des ausgeschiedenen Gutsgebietes nieder-

Digitized by Google

gelegt und diese Hinterlegung sowohl durch eine an der Thüre der Wohnung oder an der Eingangsthür des Geschäfts- oder Gewerbelocales zu befestigende schriftliche Anzeige, als auch nach Thunlichkeit durch mündliche Mittheilung an in der Nachbarschaft wohnende Personen bekannt gemacht wird.

Die Befestigung der schriftlichen Anzeige an der Eingangsthüre eines verschlossenen Geschäftslocales darf nur an einem Werktage geschehen.

Die mit Beachtung der vorstehenden Bestimmungen vorgenommene Niederlegung des zuzustellenden Schriftstückes hat die Wirkung der Zustellung. Die Beschädigung oder das Abreißen der Anzeige ist auf die Giltigkeit der Zustellung ohne Einfluss.

1. Diese Anordnung bezieht sich auf den Fall, dass der Adressat eine (dem Gerichte bekannte) Wohnung, gewerbliche Betriebsstätte u. s. w. hat (Regierungsmotive, S. 220) und die Zustellung oder Ersatzzustellung unmöglich oder nach verständigem Ermessen unthunlich war, weil der Adressat oder ein berechtigter Ersatzmann nicht angetroffen wurde oder der Vermieter und sein Angestellter die Annahme verweigerten. Die Vorschrift ist unanwendbar, wenn der Adressat oder eine andere zur Empfangnahme verpflichtete Person die Annahme verweigert, weil in diesem Falle der § 109 zur Anwendung kommt.

2. Die an der Thüre der Wohnung oder an der Eingangsthüre des Geschäfts- oder Gewerbelocales zu befestigende schriftliche Anzeige wird die Bezeichnung des Gerichtes, den Ort der Niederlegung und die Aufforderung zur Abholung des Schriftstückes zu enthalten haben.

Die Mittheilung an Personen, welche in der Nachbarschaft wohnen, ist nur „soweit thunlich“ vorgeschrieben, als nämlich solche Personen vorhanden sind und die Benachrichtigung des Adressaten zu übernehmen bereit erscheinen.

3. Die Ersatzzustellungen enthalten die Fiction, dass zur Zeit derselben der Adressat selbst die Zustellung erhalten habe (Wilmowski, S. 286). Die Niederlegung des Schriftstückes gilt als Zustellung auch betreffs der Zeit derselben, wenn auch die Befestigung der Anzeige an der Thüre erst in einem späteren Zeitpunkte erfolgt wäre.

4. Nach Art. IV e der M. V. v. 28. October 1865, Nr. 110 R.-G.-Bl., über die Privilegien der unter Aufsicht des Staates Creditgeschäfte betreibenden Anstalten, welcher nach Art. IX Einf. G. in Geltung bleibt, sind gerichtliche Erlässe — mit Ausnahme des Zahlungsbefehles — welche sich auf die Reali-

Digitized by Google

sierung der Hypothekarforderungen der Anstalt beziehen, wenn sie in Abwesenheit des Gutsbesitzers dem Verwalter oder Pächter des Gutes zugestellt, oder falls auch diese abwesend wären, in Gegenwart von zwei Zeugen an der Thüre der Wohnung des Gutsbesitzers, Verwalters oder Pächters angeschlagen werden, als zu Handen des Gutsbesitzers zugestellt zu betrachten.

Dasselbe Privilegium ist statutarisch eingeräumt der Oesterreichisch-ungarischen Bank nach § 11 lit. h des Gesetzes vom 21. Mai 1887, Nr. 51 R.-G.-Bl., der Allgemeinen österreichischen Boden-Creditanstalt nach Art. 85 lit. c des Gesetzes vom 1. Juni 1864, Nr. 49 R.-G.-Bl., der Hypothekenbank für das Königreich Böhmen nach § 57 Z. 4 des Landesgesetzes vom 2. August 1888, Nr. 43 L.-G.-Bl.

Dadurch wird die Zulässigkeit der Ersatzzustellung in diesen Rechtsangelegenheiten nicht ausgeschlossen, die Zustellung kann aber auch durch den gerichtlichen Anschlag auf die vorgenannte Weise erfolgen.

§ 105. Zustellungen an die zur Vertretung des Aerars berufenen öffentlichen Organe oder an andere Behörden, an Gemeinden, Corporationen und Anstalten sind, sofern im einzelnen Falle nichts anderes angeordnet wird, an den Beamten oder Bediensteten zu bewirken, der zur Empfangnahme der an die Behörde, Gemeinde, Corporation oder Anstalt gerichteten Schriftstücke bestellt ist, falls aber ein solcher nicht bekannt wäre, an jeden dem Zustellungsorgane bekannten, im fraglichen Amte oder Geschäftslocale anwesenden Beamten oder Bediensteten der Behörde, Gemeinde, Corporation oder Anstalt, für welche das zuzustellende Schriftstück bestimmt ist.

Das Organ zur Vertretung des Aerars und der demselben gleichgehaltenen Fonde ist nach dem J. M. E. v. 29. December 1857, Z. 22.464 die Finanzprocuratur. Die Gleichstellung der Behörden und Gemeinden mit den Corporationen und Anstalten und die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesstelle lassen erkennen, dass unter Corporationen nur die universitates personarum, die öffentlichrechtlichen Corporationen mit Ausschluss der Gesellschaften (societas), der Schiffahrtsgesellschaften, Eisenbahngesellschaften, Sparcassen, Banken, Assecuranzanstalten und Vereine u. s. w. (Unger, Privatrecht, I, S. 332) und ebenso unter Anstalten nur solche öffentlichrechtlichen Charakters, wie Lehranstalten, Krankenanstalten u. s. w. verstanden werden sollen. In der Regierungsvorlage waren nämlich neben den Corporationen „andere nicht zu den physischen Personen gehörende Rechtssubjecte“ angeführt, welche

Digitized by Google

von der gemeinsamen Conferenz auf die „Anstalten" beschränkt worden sind. Die jeweilige Entscheidung der so strittigen Frage, was Corporation, was Anstalt ist, was nicht, kann dem Zustellungsorgane nicht überlassen werden. Es wird Sache des Gerichtes sein, in jedem einzelnen Falle zu bestimmen, ob die Zustellung an den gesetzlichen Vertreter, also an eine physische Person zu geschehen hat, in welchem Falle die Ersatzzustellung nach §§ 102, 103, 104 zulässig sein wird, oder ob die Zustellung an die Behörde, Gemeinde, Corporation oder Anstalt ohne Angabe einer physischen Person als gesetzlichen Vertreters, sohin nach § 105, z. B. an die Realschule in X, die Bruderlade in Y zu erfolgen hat. Die Ersatzzustellung kann in diesem Falle an jeden Beamten oder Bediensteten erfolgen, der im Amte oder Geschäftslocale anwesend und dem Zustellungsorgane als solcher bekannt ist.

Zustellung von Klagen.

§ 106. Klagen können nur zu eigenen Handen des Geklagten (§ 92), eines zur Empfangnahme von Klagen ermächtigten Vertreters desselben oder in Rechtssachen, die sich auf den Betrieb des Handelsgewerbes einer Person beziehen, zu Handen des Procuristen der geklagten Firma zugestellt werden.

Kann eine solche Zustellung nicht bewirkt werden, so ist die Partei, welcher zugestellt werden soll, durch eine in ihrer Wohnung oder Kanzlei, in ihrem gewerblichen oder Geschäftslocale zurückzulassende oder, falls diese Räumlichkeiten verschlossen sind, an deren Eingangsthür zu befestigende schriftliche Anzeige aufzufordern, behufs Entgegennahme der Zustellung an einem ihr gleichzeitig zu bestimmenden Tag und Stunde in dem betreffenden Locale anwesend zu sein. Wenn die Partei dieser Aufforderung nicht entspricht, ist sodann im Sinne des § 104 vorzugehen.

Die Beschädigung oder das Abreißen der schriftlichen Aufforderung ist auf die Giltigkeit des Vorganges ohne Einfluss.

1. Für Klagen und die denselben betreffs der Zustellung gesetzlich gleichgestellten Schriftstücke (Zahlungsaufträge, Tabularien) ist die Ersatzzustellung ausgeschlossen. Die Zustellung der Klage muss an den Geklagten selbst, bei Personen, denen die Processfähigkeit mangelt (§ 1), an deren gesetzlichen Vertreter oder statt des Geklagten oder dessen gesetzlichen Vertreters zu Handen des Vertreters (Bevollmächtigten), welcher zur Empfangnahme von Klagen ermächtigt ist (Processbevollmächtigten, Generalbevollmächtigten, gemeinen Bevollmächtigten nach Inhalt der Vollmacht) oder in Rechtssachen, welche sich auf den Betrieb des Handelsgewerbes der beklagten

Digitized by Google

Firma beziehen, zu Handen des Procuristen der beklagten Firma zugestellt werden. Die Person, welcher die Klage zugestellt werden soll, ist vom Kläger gemäß § 75 in der Klage zu bezeichnen und vom Gerichte gemäß § 89 dem Zustellungsorgane mit dem Beisatze zu bestimmen, dass die Zustellung zu eigenen Handen zu erfolgen hat. Im übrigen gelten auch für Klagen die allgemeinen Vorschriften über die Art (§§ 88, 90, 92, 93), die Zeit (§ 100) und den Ort (§ 101) der Zustellung.

2. Die Vorschrift des zweiten Absatzes ist bestimmt, einem Ausweichen der Partei zum Zwecke der Verhinderung der Zustellung entgegenzutreten, wird daher erst dann zur Anwendung kommen können, wenn das Zustellungsorgan sich mit Rücksicht auf die Lebensweise und Beschäftigung der Partei vergebens bemüht hat, die Partei selbst in ihrer Wohnung, in ihrem Geschäftslocale, ihrer gewerblichen Betriebsstätte oder auf ihrem Arbeitsplatze anzutreffen. Bei Nichtantreffen des Adressaten soll zunächst — nach vorgängiger Ankündigung des Zeitpunktes der neuerlichen Zustellung, damit der Adressat gegenwärtig sein könne — nochmals der Versuch unternommen werden, die Zustellung zu eigenen Handen zu bewirken. Das sonst bei Nichtantreffen des Adressaten einzuleitende Verfahren soll hier erst dann platzgreifen, wenn auch dieser zweite Versuch vergeblich geblieben (Regierungsmotive, S. 221). Voraussetzung dieses Vorgehens ist, dass der Adressat eine Wohnung, eine gewerbliche Betriebsstätte oder ein Geschäftslocale (Kanzlei) im Sinne des § 101 am Zustellungsorte zur Zeit der Zustellung innehabe, dass er diese Localität noch nicht aufgegeben habe. Ist der Adressat verreist und die Zeit seiner Rückkehr ungewiss, so wird die weitere Bestimmung des Gerichtes einzuholen, vom Gerichte aber der Antrag des Klägers zu veranlassen sein, ob die Rückkehr des Adressaten abzuwarten, die Zustellung an seinem derzeitigen Aufenthaltsorte oder durch öffentliche Bekanntmachung gemäß § 115 zu verfügen sei. Die schriftliche Aufforderung an den Adressaten hat den Tag und die Stunde, zu welcher der Adressat anwesend sein soll, mit thunlichster Berücksichtigung der Beschäftigung des Adressaten, z. B. bei periodisch beschäftigten Bahnbediensteten u. s. w. an den dienstfreien Tagen oder zu einer dienstfreien Stunde, anzugeben und außerdem das Gericht zu bezeichnen, in dessen Auftrag die Zustellung erfolgt. Der weitere Vorgang ist bei § 104, Anm. 2, 3 erörtert.

§ 107. Hätte die Zustellung durch die Post oder durch den Gerichtsdiener erfolgen sollen, und könnte die neuerliche

Digitized by Google

Zustellung wegen zu großer Entfernung des Zustellungsortes oder wegen schwieriger Zugänglichkeit desselben nicht alsbald vorgenommen werden, so kann die Klage sogleich nach der ersten fruchtlos versuchten Zustellung dem Gemeindevorsteher oder dem Geschäftsführer des ausgeschiedenen Gutsgebietes zu dem Zwecke übergeben werden, damit dieser nunmehr die Zustellung an den Beklagten veranlasse.

Wenn sodann die Zustellung zu Handen des Beklagten oder seines ermächtigten Vertreters auch auf diesem Wege innerhalb vier Wochen nach Uebergabe der Klage an den Gemeindevorsteher oder den Geschäftsführer des Gutsgebietes nicht bewirkt werden kann, so ist der Beklagte gemäß § 104 zu verständigen, dass das zuzustellende Schriftstück bei dem Gemeindevorsteher oder dem Geschäftsführer des Gutsgebietes mit der Wirkung der erfolgten Zustellung liege. Der Gemeindevorsteher oder der Geschäftsführer des ausgeschiedenen Gutsgebietes haben diese Verständigung sogleich nach Ablauf der obbezeichneten Frist zu veranlassen. Der Tag, an welchem die schriftliche Anzeige an der Thüre der Wohnung des Beklagten oder an der Eingangsthüre seines Geschäfts- oder Gewerbelocales befestigt wurde, gilt als Tag der erfolgten Zustellung.

Die Ermächtigung, die zuzustellende Klage nöthigenfalls dem Gemeindevorsteher oder dem Geschäftsführer des ausgeschiedenen Gutsgebietes zur Zustellung zu übergeben, ist schon bei Anordnung der Klagezustellung zu ertheilen (§ 89).

Die Ausnahmsbestimmungen des § 107 werden in den seltensten Fällen praktisch werden, ihre Anwendung ist nicht dem Ermessen des zuzustellenden Postboten oder Gerichtsdieners überlassen, sondern von der Ermächtigung des Gerichtes abhängig, welches dieselbe schon bei der Anordnung der Klagezustellung zu ertheilen hat, sohin zu einer Zeit, wo noch kaum beurtheilt werden kann, ob die Maßregel nothwendig sein wird. Die Herrenhauscommission hat aus der Regierungsvorlage jene Bestimmungen ausgeschieden, welche die sofortige Uebergabe der Klage an den Gemeindevorsteher auch für den Fall anderweitiger Beschäftigungen des Zustellungsorganes und für den Fall erheblicher Zustellungskosten für zulässig erklärten, sie hat außerdem die Zustellungsfrist auf vier Wochen erweitert. Mit Rücksicht darauf, dass die Zustellung durch die Post nach entlegenen Orten, mit welchen keine regelmäßige Postverbindung besteht, nicht zulässig ist, dass der Gerichtsdiener wohl überall während eines Zeitraumes von vier Wochen auch den entlegensten Ort oder den unzugänglichsten Weiler nochmals aufsuchen kann, und dass gerade für solche entlegene Weiler die

Digitized by Google

Zustellung durch den Gemeindevorsteher unzuverlässig und für den Gemeindevorsteher schwierig ist, dass von ihm auch die stricte Beobachtung der ihm nach dem zweiten Absatze obliegenden Verpflichtungen nicht mit Sicherheit zu erwarten steht, dass endlich die rechtzeitige Anzeige über die erfolgte Befestigung der Verständigung an der Thüre seitens des Gemeindevorstehers wieder mit Schwierigkeiten verbunden ist, wird der Vorgang nach § 107 möglichst zu vermeiden sein.

§ 108. Die Bestimmungen der §§ 106 und 107 haben für alle Zustellungen zu gelten, welche zufolge gesetzlicher Anordnung nach den für die Zustellung von Klagen erlassenen Vorschriften vorzunehmen sind.

Die Zustellung nach den für die Zustellung von Klagen erlassenen Vorschriften ist gesetzlich angeordnet:

für die Ladung der Rechtsnachfolger einer verstorbenen Partei nach § 155,

für den Zahlungsauftrag im Mandats- und Wechselverfahren nach §§ 550, 559,

für gerichtliche Aufkündigungen nach § 564,

für Aufträge zur Uebernahme oder Uebergabe des Bestandgegenstandes nach § 567,

für Zahlungsbefehle im Mahnverfahren nach § 7, Ges. v. 27. April 1873, Nr. 67 R.-G.-Bl.,

für Grundbuchsbescheide nach § 124, Ges. v. 25. Juli 1871, Nr. 95 R.-G.-Bl.,

für die Rückstellung der Vormundschaftsrechnungen nebst Beilagen an den großjährigen Pupillen nach § 215 und für die Aufforderung zur Erhebung der Waisencassaeinlage eines großjähriger Pflegebefohlenen nach § 217, Pat. v. 9 August 1854, Nr. 208 R.-G.-Bl.,

für das Versteigerungsedict nach § 170 E. O.

für einstweilige Verfügungen nach § 395 C. O.

Verweigerung der Annahme.

§ 109. Wird die Annahme des zuzustellenden Schriftstückes von einer Person, an welche die Zustellung giltig erfolgen kann, ohne gesetzlichen Grund verweigert, so ist das Schriftstück am Orte der Zustellung zurückzulassen oder, falls dies nicht möglich wäre, bei dem im § 104 bezeichneten Postamte, Gemeindevorsteher oder Geschäftsführer des ausgeschiedenen Gutsgebietes zu hinterlegen. Die Zurücklassung oder Hinterlegung hat die Wirkung der Zustellung.

Wenn die Annahme des Schriftstückes von einer hiezu verpflichteten Person ohne gesetzlichen Grund verweigert wird, ist es das natürliche, dass das Zustellungsorgan das Schrift-

Digitized by Google

stück beim Adressaten mit der vollen Wirkung der Zustellung zurücklasse (Regierungsmotive, S. 221). Ein gesetzlicher Grund zur Verweigerung der Annahme liegt vor bei Zustellungen außerhalb der Wohnung, der Betriebsstätte, des Geschäftslocales oder Arbeitsplatzes nach § 101, seitens des Vermieters oder der von ihm bestellten Aufsichtsperson nach § 102, bei Zustellungen an Sonn- und Feiertagen oder zur Nachtzeit nach § 100 und außerdem immer, wenn die Vorschriften über die Zustellung nicht beobachtet worden sind, z. B. die Zustellung nicht an die Partei, sondern deren Processbevollmächtigten (§ 93) oder Zustellungsbevollmächtigten (§ 94) erfolgen sollte. Auch falsche Adressen, z. B. ein falscher Vorname, eine falsche Berufsangabe, werden zur Verweigerung der Annahme berechtigen. Dagegen ist es gleichgiltig, ob die Annahme von dem bezeichneten Empfänger oder von einem zur Annahme verpflichteten Ersatzempfänger verweigert wird. Dort, wo ein Zurücklassen eines Schriftstückes nicht möglich, ist das Zurücklassen durch die Hinterlegung des Schriftstückes zu ersetzen. Zurücklassen oder Hinterlegung haben die Wirkung der Zustellung dann, wenn die Annahme ohne Grund verweigert wurde. Sie werden daher infolge einer Anzeige nach § 91 aufgehoben werden können. Ueber die Gesetzlichkeit des Weigerungsgrundes wird immer in letzter Linie das Gericht zu entscheiden haben (Regierungsmotive, S. 221).

Zustellungsschein.

§ 110. Der Vollzug der Zustellung ist von der mit Vornahme der Zustellung beauftragten Person zu beurkunden (Zustellungsschein).

Die näheren Bestimmungen über Inhalt und Ausfertigung des Zustellungsscheines sind aus dem Entwurfe in die Geschäftsordnung verwiesen worden. Darnach sollte der Zustellungsschein enthalten: den Ort und Tag der Zustellung, die Bezeichnung des zugestellten Schriftstückes und die Zahl der Beilagen, die Bezeichnung der Person, welcher das Schriftstück behändigt oder bei der es zurückgelassen wurde; bei Ersatzzustellungen die kurze Angabe des Grundes und des beobachteten Vorganges; im Falle der Verweigerung der Annahme die Bemerkung, dass und aus welchen Gründen die Annahme verweigert wurde, und dass das Schriftstück am Orte der Zustellung zurückgelassen oder hinterlegt wurde; die Unterschrift des Zustellungsorganes und des Empfängers oder die Angabe des Grundes, warum letzterer die Fertigung verweigert. Auf dem zugestellten Schriftstücke oder bei Postzustellungen auf dem Umschlage desselben sollten Ort und Tag der Zustellung angemerkt werden.

Digitized by Google

Wohnungsänderung.

§ 111. Die Partei, welche während des Processes den Wohnort oder die Wohnung ändert, hat hievon dem Gerichte Mittheilung zu machen; das Gleiche gilt von dem zur Empfangnahme von Zustellungen berechtigten Vertreter oder Bevollmächtigten einer Partei.

Wird diese Anzeige unterlassen und sind die genannten Personen infolge der Wohnungsänderung nicht mehr zu finden, so sind alle weiteren, diese Streitsache betreffenden Zustellungen am bisherigen Zustellungsorte nach den Vorschriften des § 104 mit der Maßgabe vorzunehmen, dass sich die im § 104, Absatz 1, geforderte Verständigung auf die mündliche Mittheilung an den im selben Hause wohnenden Vermieter oder an eine von diesem bestellte, ebenda wohnhafte Aufsichtsperson zu beschränken hat.

1. Die Partei oder deren gesetzlicher Vertreter oder Bevollmächtigter (auch Zustellungsbevollmächtigter) haben eine Aenderung der Wohnung oder des Wohnortes (§ 101) dem Gerichte anzuzeigen, wenn diese Aenderung während des Processes erfolgt. Diese Verpflichtung beginnt für den Geklagten mit der Zustellung der Klage, für den Kläger und dessen Vertreter mit der Ueberreichung der Klage, weil von diesem Zeitpunkte an von amtswegen für die ordnungsmäßige Zustellung weiterer Schriften zu sorgen ist, daher diese Verpflichtung seitens des Klägers nicht von der Streitanhängigkeit (§ 232) abhängig sein kann. Hat die Partei einen Processbevollmächtigten oder gemeinen Bevollmächtigten bestellt, so muss mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 170 sowohl die Wohnungsänderung des Bevollmächtigten als jene der Partei angezeigt werden. Erfolgen die Zustellungen an den Zustellungsbevollmächtigten oder Procuristen oder einen Generalbevollmächtigten der Partei, welcher nicht zugleich Processbevollmächtigter ist, so braucht eine Wohnungsänderung der Partei nicht angezeigt zu werden, wohl aber ist jede Wohnungsänderung des Bevollmächtigten anzuzeigen.

Desgleichen entfällt die Anzeige der Wohnungsänderung bei Parteien oder deren Vertretern, welche in Geschäftslocale, eine gewerbliche Betriebsstätte oder einen Arbeitsplatz haben, wo ihnen bisher zugestellt wurde. In diesen Fällen ist aber eine Aenderung des Geschäftslocales, der Betriebsstätte oder des Arbeitsplatzes anzuzeigen.

Der Nebenintervenient ist außer den im § 20 angeführten Fällen nicht Processpartei, er ist jedoch gemäß § 18 dem Verfahren beizuziehen, daher gleichfalls zur Anzeige einer Aenderung seines Wohnortes oder seiner Wohnung verpflichtet, sofern er nicht

Digitized by Google

einen Bevollmächtigten namhaft gemacht hat oder gemäß § 98 durch die Hauptpartei als Zustellungsbevollmächtigter vertreten wird.

Eine Verständigung des Gegners von der Wohnungsänderung ist nicht vorgeschrieben.

2. Es wäre eine das Bedürfnis überschreitende Härte, wenn gestattet würde, eine Partei, welche die Anzeige der Wohnungsänderung unterließ, immer sogleich als unauffindbar zu behandeln. Die Bestimmung des § 111 ist daher nicht anwendbar, wenn die neue Wohnung der Partei ohne Schwierigkeit ermittelt werden kann.

Andernfalls soll die Partei ähnlich behandelt werden, wie jener Adressat, der in seiner bekannten Wohnung nicht anzutreffen ist, es erfolgt die Zustellung mittels Hinterlegung. Der Anschlag einer schriftlichen Bekanntmachung der Hinterlegung muss hier aus begreiflichen Gründen unterbleiben (Regierungsmotive, S. 222).

Welche Schritte das Gericht und das Zustellungsorgan zur Ermittlung der neuen Wohnung machen soll, wird in jedem einzelnen Falle zu erwägen sein. Nachfragen bei den Hausgenossen, bei dem Gegner, beim Polizeiamte werden in den meisten Fällen genügen.

Zustellung zwischen Advocaten.

§ 112. Sind beide Parteien durch Advocaten vertreten, so können alle Zustellungen an die Parteien in der Art bewirkt werden, dass der Advocat der Partei, durch deren Processhandlung die Zustellung veranlasst wird (betreibende Partei), das zuzustellende Schriftstück dem Advocaten der Gegenpartei durch einen Boten oder durch die Post übersendet. Das zuzustellende Schriftstück ist in diesem Falle dem Advocaten der betreibenden Partei vom Gerichte zum Zwecke der Uebersendung an den gegnerischen Advocaten gegen Empfangsbestätigung auszuhändigen.

Zum Nachweise der bewirkten Zustellung genügt die mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbestätigung des Advocaten, welchem zugestellt worden ist.

Alle in Sachen der Zustellung sonst den Zustellungsorganen obliegenden Anzeigen und Mittheilungen an das Gericht sind bei Zustellungen zwischen Advocaten von dem Advocaten der betreibenden Partei zu bewerkstelligen.

1. Von dem nach § 112 zugelassenen Mittel, den Vorgang bei einer Zustellung zu vereinfachen, wird in der Regel nur in denjenigen Rechtssachen Gebrauch gemacht werden, in welchen die Vertretung der Parteien durch Advocaten geboten ist. Es fehlt aber an einem Grunde, die Anwendbarkeit dieses

Digitized by Google

Mittels auf andere Rechtssachen auszuschließen, sofern nur beide Parteien durch Advocaten vertreten sind (Regierungsmotive, S. 222). Es steht jedoch der Zustellung zwischen Advocaten der Umstand nicht im Wege, dass einer der Advocaten selbst Partei ist und sich selbst vertritt. Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt, welche eine ganz selbständige und eigenartige ist, setzt das beiderseitige Einverständnis der Anwälte voraus. Es ist hiebei durchaus der freien Entschließung des processbevollmächtigten Anwalts, dem zugestellt werden soll, überlassen, ein ihm im Wege der Zustellung von Anwalt zu Anwalt angebotenes und zugestelltes Schriftstück anzunehmen oder nicht. Nimmt er das ihm offerierte Schriftstück als ihm zugestellt an und stellt er das im Absatz 2 erwähnte Empfangsbekenntnis unter Aushändigung an den Gegenanwalt aus, dann ist das erforderliche Einverständnis in die äußere Erscheinung getreten, sohin durch das Empfangsbekenntnis erkennbar gemacht worden und der Zustellungsact perfect. Es greift hier aber die unmittelbare Zustellung Platz. Eine Ersatzzustellung ist unstatthaft. Das bloße Gelangen des Schriftstückes in die Kanzlei des Anwaltes, beziehungsweise eine Zustellung an einen Angestellten oder Bediensteten (§ 103) ist wirkungslos. Eine Ausnahme tritt bloß dann ein, wenn einer von ihnen von dem Advocaten besonders hierzu ermächtigt ist; dagegen sind sie von der Unterschrift des Empfangsbekenntnisses ausgeschlossen (O. L. G. für Bayern, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 141). Die durch § 103, Abs. 3 vorgesehene Ersatzzustellung findet daher auf die nach § 112 statthafte Zustellung keine Anwendung; denn die Zustellung von Anwalt zu Anwalt ist eine ganz selbständige und eigenartige, welche sich der Zustellung durch den Gerichtsdiener und durch die Post anreiht, mit diesen Zustellungen aber nichts gemein hat. Während nämlich hier der Zustellende die Richtigkeit der erfolgten Zustellung beurkundet und durch die Beurkundung den Nachweis der richtig bewirkten Zustellung liefert, tritt bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt an Stelle der Beurkundung durch den Zustellenden die Bestätigung des Empfanges der erhaltenen Zustellung durch die Unterschrift des Empfängers. Dagegen ist in den Fällen der letzteren Art nicht nur vorgängige Ermächtigung zur Empfangnahme, sondern auch die nachträgliche Genehmigung der Vornahme einer solchen Handlung durch diesen rechtswirksam (R. G. Leipzig, IX, S. 455).

2. Wer im einzelnen Falle als betreibende Partei die Zustellung durch seine Processhandlung veranlasst hat, wird manchmal schwer zu entscheiden sein. Der sachfällige Kläger, durch dessen Klage das für ihn ungünstige Urtheil veranlasst

Digitized by Google

wurde, der beweisführende Geklagte, dessen Beweis misslungen ist und zur Vertagung und neuerlichen Anordnung der mündlichen Verhandlung nach durchgeführtem Beweise Veranlassung gegeben hat, werden an der raschen und rechtzeitigen Zustellung des Urtheiles oder Beschlusses kein Interesse haben. Es wird Sache der Partei sein, in solchen Fällen von der unmittelbaren Zustellung von Anwalt zu Anwalt abzugehen und dies dem Gerichte rechtzeitig anzuzeigen. Aber auch das Gericht wird zu erwägen haben, ob von einer betreibenden Partei im gegebenen Falle gesprochen werden kann, oder ob die amtswegige Zustellung zu verfügen ist.

3. Die Vorschriften des § 90 über die Zustellung an den Vertreter mehrerer Betheiligten und an einen von mehreren Vertretern eines Betheiligten, sowie die Vorschriften der §§ 100 und 101 über die Zeit und den Ort der Zustellung sind auch hier anwendbar, nicht aber die besonderen Bestimmungen über die Zustellung durch Zustellungsorgane.

4. Die schriftliche Bescheinigung, durch welche ein Anwalt bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt sich zum Empfange des zugestellten Schriftstückes bekennt, ist eine Zeugnisurkunde, welche hinsichtlich ihrer Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde gleichgestellt und somit nach den Vorschriften des § 292 zu beurtheilen ist (R. G. Leipzig, XV, S. 374). Doch ist der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen. Die Behauptung, dass das niedergeschriebene Datum der Empfangsbestätigung einen Tag bezeichne, welcher in eine frühere Zeit falle als der Zeitpunkt, in welchem der Aussteller des Empfangsbekenntnisses überhaupt Kenntnis von dem Zustellungsofferte erhalten hatte, ist beweiswürdig (R. G. Leipzig, VIII, 328). Die Zustellung ist überhaupt nicht realisiert, wenn das Empfangsbekenntnis den bestimmten Tag des Empfanges nicht urkundlich ausdrückt (R. G. Leipzig, XIX, S. 426). Die Empfangsbestätigung des Anwaltes ist jedoch nicht das einzige Beweismittel über die erfolgte Zustellung, denn der Ausdruck „genügt“ schließt sprachlich nur das Verlangen strengerer Beweismittel aus, nicht die Zulassung anderer (Wilmowski, S. 300). Das Reichsgericht zu Leipzig hat in der Entscheidung vom 18. Feber 1885 (XIV, S. 349) anerkannt, dass das schriftliche Zeugnis des zustellenden Anwaltes zum Beweise der Zustellung genügt und damit ausgesprochen, dass die Annahme der Zustellung und nicht die Ausfertigung der Empfangsbestätigung zur Perfection der Zustellung genüge. Dies wird umsomehr für das österreichische Gesetz gelten müssen, als dieses die vor Gericht erklärte Bereitwilligkeit zur Zustellung unter Advocaten fordert.

Digitized by Google

5. Verweigert der Advocat die Annahme eines ihm vom gegnerischen Advocaten zuzustellenden Schriftstückes, so muss dieser die gerichtliche Intervention in Anspruch nehmen; eine zwangsweise Zustellung im Sinne des § 109 ist unter Advocaten ausgeschlossen. Die Frage, wie die Zustellung seitens des Advocaten, dem zugestellt worden ist, zu beweisen sei, ist durch die Vorschrift gelöst, dass dem Advocaten der betreibenden Partei das zuzustellende Schriftstück, also auch die für seine eigene Partei bestimmte Ausfertigung vom Gerichte zuzustellen ist.

§ 113. So lange sich ein Advocat nicht mit Zustimmung des gegnerischen Advocaten zur Besorgung der Zustellung bei Gericht bereit erklärt hat, sind die in der betreffenden Streitsache vorkommenden Zustellungen von amtswegen zu vollziehen.

Die durch die Zustellung zwischen Advocaten im Vergleiche zur sonstigen Zustellung von amtswegen etwa erwachsenden Mehrkosten hat die Partei, deren Advocat sich zur Besorgung der Zustellung erboten hat, und zwar ohne Anspruch auf Rückersatz zu tragen.

Auch wenn beide Parteien durch Advocaten vertreten sind, ist der Officialvollzug die regelmäßige Form der Zustellung. Erst wenn sich der Advocat zur Besorgung der Zustellung bei Gericht bereit erklärt und die Zustimmung des Gegenadvocaten nachgewiesen hat, ist die unmittelbare Zustellung von Anwalt zu Anwalt zulässig. Eine bestimmte Form für diese Erklärung und für die Zustimmung ist nicht vorgeschrieben; sie kann in einem vorbereitenden Schriftsatze, in einem besonderen Schriftsatze, bei einer mündlichen Verhandlung oder in der Gerichtskanzlei erfolgen. Aus dem Erfordernisse des beiderseitigen Einverständnisses folgt zugleich, dass schon die einseitige Widerrufserklärung einer Partei oder ihres Anwaltes genüge, um für das Verfahren wieder die amtliche Zustellung nothwendig zu machen. Dieser Widerruf liegt schon vor, wenn der Advocat die Annahme der Zustellung verweigert, in welchem Falle der zustellende Advocat die amtswegige Zustellung veranlassen muss. Erklärt sich nur einer der Advocaten zur Uebernahme der Zustellung bereit, so werden jene Zustellungen, welche durch Processhandlungen der Gegenpartei veranlasst werden, von amtswegen zu erfolgen haben. Aus der Vorschrift, dass durch das Abgehen von den gewöhnlichen Zustellungsvorschriften die Kosten des Verfahrens nicht vertheuert werden dürfen, folgt nicht, dass die Mehrkosten der amtswegigen Zustellung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht nothwendig waren.

Digitized by Google

Unmittelbare Ausfolgung bei Gericht.

§ 114. *Alle einer Person zuzustellenden Schriftstücke sind derselben unmittelbar bei Gericht auszufolgen, wenn sie sich zur Empfangnahme des Schriftstückes bei Gericht meldet, bevor noch das Schriftstück der Post übergeben wurde, der Gerichtsdiener die Zustellung auszuführen begonnen hat, das Ersuchen um Zustellung an den Gemeindevorsteher oder an den Geschäftsführer des ausgeschiedenen Gutsgebietes abgegangen oder die sonst zum Vollzuge der Zustellung nöthige Einleitung getroffen ist.*

In solchen Fällen wird der Vollzug der Zustellung durch eine besondere Empfangsbestätigung der Person, welcher das Schriftstück ausgefolgt wurde, oder durch deren Unterschrift in dem hiezu bestimmten amtlichen Register beurkundet.

Eine weitere Vereinfachung der Zustellung kann dadurch bewirkt werden, dass den Parteien die für sie bestimmten Schriftstücke unmittelbar bei Gericht ausgefolgt werden. Es kann dies namentlich auf dem Lande zur Ersparung von Zeit und Kosten führen, falls sonst entfernt wohnende Parteien sich vorübergehend am Gerichtsorte befinden. Auch hier darf selbstverständlich die Einleitung einer Zustellung nicht deshalb verzögert werden, weil man glaubt oder zu vermuthen Grund hat, dass sich eine Partei die für sie bestimmten Schriftstücke selber bei Gericht abholen werde. Die Identität desjenigen, der ein für ihn bestimmtes Schriftstück bei Gericht abholt, wird, wenn er bei Gericht nicht bekannt ist, umso sorgfältiger geprüft werden müssen, als bei der im § 114 zugelassenen Zustellungsart auf jene Garantie der Identität verzichtet wird, die darin gelegen ist, dass der Adressat beim regelmässigen Gange der Zustellung in der bezeichneten Wohnung u. s. w. gefunden wird. Die Beurkundung der Ausfolgung des Schriftstückes bei Gericht wird alle Daten zu constatieren haben, die in einem Zustellungsschein aufzunehmen sind (Regierungsmotive, S. 223). Hat die Zustellung gemäß § 93 an den Processbevollmächtigten zu erfolgen, so kann auch die Ausfolgung bei Gericht nur an diesen und nicht an die Partei geschehen.

Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung.

§ 115. *Wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Aufenthalt einer Person, an welche eine Zustellung erfolgen soll, unbekannt ist, kann die Zustellung auf Antrag, sofern nicht die Bestimmungen des § 111 zur Anwendung zu kommen haben, durch öffentliche Bekanntmachung vollzogen werden. Die Entscheidung über diesen Antrag erfolgt, falls derselbe nicht bei einer mündlichen Verhandlung gestellt wurde, ohne vorhergehende mündliche Verhandlung, und im Verfahren vor Gerichtshöfen*

Digitized by Google

durch den Vorsitzenden des Senates, dem die Rechtssache zugewiesen ist.

Die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung geschieht mittels Anschlag des zuzustellenden Schriftstückes an der Gerichtstafel des Processgerichtes.

Wenn nicht vom Gerichte bei Bewilligung der öffentlichen Bekanntmachung eine längere Frist festgesetzt wird, oder sich die Person, welcher zugestellt werden soll, schon früher zur Empfangnahme des Schriftstückes bei Gericht meldet, ist das Schriftstück als zugestellt anzusehen, wenn seit Vornahme des Anschlages dreißig Tage verstrichen sind. Die Giltigkeit der Zustellung wird dadurch nicht berührt, dass der Anschlag noch vor dieser Zeit von der Gerichtstafel abgerissen oder beschädigt wurde.

1. Anders als bei einer während des Rechtsstreites stattfindenden Wohnungsänderung einer Partei (§ 111) wird behufs Bewirkung der Zustellung dann vorzugehen sein, wenn der Aufenthalt der Partei, an welche eine Zustellung erfolgen soll, nicht bloß nachträglich unbekannt geworden, sondern schon von vornherein unbekannt ist. Wenn die Zustellung an solche Parteien zu vollziehen ist, glaubt der Entwurf die im Interesse der Rechtssicherheit nöthigen Vorkehrungen darnach verschieden einrichten zu sollen, ob die Partei, an welche die Zustellung erfolgen soll, zur Wahrung ihrer Rechte eine Processhandlung vorzunehmen hätte — was namentlich dann immer anzunehmen sein wird, wenn das zuzustellende Schriftstück eine Ladung enthält – oder ob eine solche Processhandlung nicht vorzunehmen ist.

In letzterem Falle ist ein Bedürfnis für die amtliche Bestellung eines Vertreters und für außergewöhnliche Publicität der Bekanntmachung nicht vorhanden, und der Entwurf beantragt daher, hier die Zustellung durch Anschlag des zuzustellenden Schriftstückes an der Gerichtstafel des Processgerichtes zu vollziehen (Regierungsmotive, S. 223). Unter der Person, welcher zugestellt werden soll, ist die Processpartei, aber auch derjenige, an welchen eine Streitverkündigung gemäß § 21 erfolgen soll, sowie der Auctor (§ 22) zu verstehen. Unkenntnis der Person oder des Aufenthaltsortes des gesetzlichen Vertreters einer processunfähigen Partei berechtigt jedoch zu dem Antrage nicht, weil in diesem Falle gemäß § 8 immer ein Curator zu bestellen ist.

Nachdem im Streitverfahren mit der Zustellung der Klage immer eine Ladung oder die Aufforderung zur Beantwortung derselben verbunden ist und eine nach Einbringung oder Zu-

Digitized by Google

stellung der Klage eintretende Aenderung des Wohnortes gemäß § 111 zu beurtheilen ist; nachdem weiter die Streitverkündigung oder die Benennung des Auctors Processhandlungen dieser Personen zur Wahrung ihrer Rechte nothwendig machen, so wird eine Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung ohne Bestellung eines Curators nur im Executionsverfahren und im Verfahren außer Streitsachen, insbesondere in Grundbuchssachen zulässig sein.

2. Voraussetzung der Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung ist, dass der Aufenthalt zur Zeit, wo die Zustellung erfolgen soll, nicht nur der betreibenden Partei, sondern überhaupt unbekannt ist. Der Ersatz der ordentlichen Zustellung durch eine öffentliche Zustellung mit der Fiction wirklich erfolgter Behändigung des zuzustellenden Schriftstückes ist nur für den Nothfall zu gestatten, wenn feststeht, dass keine der anderen Zustellungsformen zum Ziel führt oder führen kann. Es genügt hiernach nicht, dass der die Bewilligung der öffentlichen Zustellung beantragenden Partei der Aufenthalt der Partei, welcher zugestellt werden soll, unbekannt ist, sondern sie hat auch glaubhaft zu machen (§ 274), dass sie bestrebt gewesen, den Aufenthalt der Gegenpartei zu ermitteln und dass ihr solches mit den ihr zu Gebote stehenden Hilfsmitteln nicht möglich gewesen ist (O. L. G. Hamburg, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 142).

Die Zustellung nach § 115 kann nur über Antrag der Partei erfolgen, der über diesen Antrag ergehende Beschluss ist nach § 427 den Parteien zuzustellen, der abwesenden Partei gleichfalls mittels Anschlag an der Gerichtstafel.

3. Der Anschlag des Schriftstückes an der Gerichtstafel hat nach Ablauf von dreißig Tagen oder einer längeren vom Gerichte mit Rücksicht auf die obwaltenden Verhältnisse gleich bei der Bewilligung der Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung festgesetzten, daher gleichfalls bekanntzumachenden Frist die gleiche Wirkung, wie die gewöhnliche Zustellung. Ein Beweis, dass die abwesende Partei früher oder später von dem Anschlage Kenntnis erhalten hat, ist rücksichtlich der Wirkung der Zustellung ohne Bedeutung.

Nur für den Fall, dass sich die Partei vor Ablauf dieser Frist zur Empfangnahme bei Gericht meldet und sodann die ordentliche Zustellung an dieselbe bewirkt wird, gilt diese Zustellung. Das an der Gerichtstafel angeschlagene Schriftstück kann durch keinerlei Vorkehr der Gefahr der Beschädigung oder Vernichtung gänzlich entzogen werden. Man kann demnach die durch das Anheften begründeten Wirkungen

Digitized by Google

nicht davon abhängig machen, dass das Schriftstück unverletzt erhalten werde. Durch diese Bestimmung wird jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Gerichtskanzlei für die Erneuerung der an der Gerichtstafel angehefteten beschädigten Schriftstücke nach Thunlichkeit stets Sorge trage (Regierungsvorlage, S. 223).

Zustellung an den Curator.

§ 116. Für Personen, an welche die Zustellung wegen Unbekanntheit des Aufenthaltes nur durch öffentliche Bekanntmachung geschehen könnte, hat das Gericht auf Antrag oder von amtswegen einen Curator zu bestellen (§ 9), wenn diese Personen infolge der an sie zu bewirkenden Zustellung zur Wahrung ihrer Rechte eine Processhandlung vorzunehmen hätten und insbesondere, wenn das zuzustellende Schriftstück eine Ladung derselben enthält.

Wenn einer Person unbekannten Aufenthaltes Erledigungen zuzustellen sind, oder Schriftstücke, die zu einer Processhandlung des Adressaten Anlass enthalten, so soll die Zustellung nicht mittels öffentlicher Bekanntmachung erfolgen, sondern das Gericht hat hier von amtswegen oder über Antrag für die einstweilige Repräsentation der abwesenden Partei zu sorgen (Bestellung eines Curators), und nachdem so ein Vertreter des Abwesenden erlangt worden, ist diesem die Ladung u. s. w. namens der abwesenden Partei zuzustellen. Das entspricht dem heutigen Vorgange bei Anbringung einer Klage gegen abwesende Parteien und es unterliegt gewiss keinem Bedenken, was die Gerichtsordnungen für diesen besonderen Fall bestimmen, soweit auszudehnen, als die nämlichen Voraussetzungen und vor allem die Nothwendigkeit besteht, sich bei sonstiger Gefahr eines materiellrechtlichen Präjudices über das zugestellte Schriftstück zu äußern oder sonst eine Processerklärung abzugeben (Regierungsmotive, S. 223).

Für die Bestellung des Curators ist ein Parteiantrag nicht erforderlich, das Gericht kann von amtswegen einen solchen bestellen, wenn auch die Partei nur die öffentliche Bekanntmachung beantragt hat, es kann aber auch bei Zustellungen, welche unbestellbar bleiben, von amtswegen zur Bestellung eines Curators schreiten, wenn sonst die Bedingungen hiezu vorliegen. Wegen der mit der Curatorbestellung verbundenen Kosten wird sich jedoch die vorherige Aufforderung an die betreibende Partei zur Behebung des Zustellungsanstandes empfehlen.

§ 117. Die Bestellung des Curators, dessen Name und Wohnort und eine kurze Angabe des Inhaltes des zuzustellenden Schriftstückes sind nebst der Bezeichnung des Processgerichtes

Digitized by Google

und der Streitsache durch Edict bekannt zu machen. Das Edict hat die Bemerkung zu enthalten, dass die Person, für welche der Curator bestellt wurde, bis zu ihrem eigenen Auftreten oder der Namhaftmachung eines Bevollmächtigten auf ihre Gefahr und Kosten durch den Curator vertreten werde.

Das Edict ist an der Gerichtstafel des Processgerichtes anzuschlagen uud in die zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen dieses Gerichtes bestimmte Zeitung einmal einzuschalten. Wenn dies im einzelnen Falle zweckmäßig erscheint und nicht mit einem im Vergleiche zum Streitgegenstande zu großen Kostenaufwand verbunden ist, kann auf Antrag oder von amtswegen angeordnet werden, dass das Edict auch in anderen Zeitungen oder dass es mehreremale eingeschaltet werde. Gegen diese Anordnung ist ein Rechtsmittel nicht zulässig. Im Verfahren vor Gerichtshöfen steht diese Anordnung dem Vorsitzenden des Senates zu, dem die Rechtssache zugewiesen ist. Anschlag und Einschaltung des Edictes sind von amtswegen zu bewirken.

In Rechtssachen bis einhundert Gulden kann die Kundmachung statt durch Edictseinschaltung auf die ortsübliche Weise geschehen.

Die Curatorbestellung muss öffentlich bekannt gemacht werden, das ist eine wesentliche Vorbedingung, um die Thätigkeit eines Curators als von der abwesenden Partei genehmigt auffassen zu können. Es wird aber auch aus den dargelegten Gründen bei dieser Bekanntmachung weiter gegriffen werden müssen, als bei der im § 115 angeordneten. Alle mit der Bekanntmachung zusammenhängenden Vorkehrungen sind von amtswegen zu treffen (Regierungsmotive, S. 224).

Die für den Inhalt des Edictes vorgeschriebenen Erfordernisse sind obligatorisch. Der Inhalt des Schriftstückes wird die Bezeichnung der Parteien und das Begehren enthalten müssen und es wird sich — obwohl es nicht vorgeschrieben ist — empfehlen, auch die über das Schriftstück vom Gerichte getroffene Verfügung: Anordnung der Verhandlungstagfahrt, aufzunehmen.

Neben dem Anschlage an der Gerichtstafel ist die Einschaltung des Edictes in der amtlichen Landeszeitung zur Giltigkeit der Zustellung erforderlich. Die einmalige Einschaltung genügt, doch kann in besonderen Fällen eine wiederholte Einschaltung oder auch die Verlautbarung in anderen Zeitungen des In- und Auslandes verfügt werden. Dem Ermessen des Gerichtes ist überlassen in Rechtssachen, deren Streitgegenstand an Geld — nicht Geldeswert — einhundert

Digitized by Google

Gulden nicht überschreitet, das Edict neben dem Anschlage statt in der amtlichen Landeszeitung auf ortsübliche Weise zu verlautbaren.

§ 118. Die Zustellung gilt mit Vornahme des Anschlages und der ihr nachfolgenden Einhändigung des zuzustellenden Schriftstückes an den Curator als vollzogen.

Die Kosten der Bekanntmachung und der Curatorsbestellung sind unbeschadet eines Anspruches auf Ersatz von der Partei zu bestreiten, durch deren Processhandlung beides veranlasst wurde.

Die Zustellung gilt hier nicht wie im Falle des § 115 mit Verstreichung einer bestimmten Frist seit Anschlag des Edictes bewirkt, sondern weil der vom Gerichte bestellte Curator zur Vornahme von Processhandlungen berechtigt erscheint, muss man unter der Voraussetzung einer entsprechenden Verlautbarung des Edictes die an den Curator erfolgte Zustellung als den maßgebenden Zeitpunkt des Zustellungsvollzuges behandeln (Regierungsmotive, S. 224). Die Vornahme des Anschlages muss der Zustellung vorangehen, die Einschaltung in der Zeitung muss zwar zur Giltigkeit der Zustellung erfolgt sein, es ist jedoch nicht erforderlich, dass sie der Zustellung vorangehe. Jedenfalls muss sie rechtzeitig erfolgen, damit die Partei noch vor Ablauf der Frist zur Processhandlung oder vor der Tagsatzung hievon in der Zeitung Kenntnis erlangen könne. Unter diesen Voraussetzungen hat die Zustellung an den Curator die gleiche Wirkung wie eine gewöhnliche Zustellung. Ob die Person, an welche zugestellt werden soll, von der Zustellung an den Curator früher oder später Kenntnis erlangt hat, ist unerheblich, sie kann auch, wenn sie sich bei Gericht meldet oder einen anderen Bevollmächtigten namhaft macht, nicht die neuerliche Zustellung verlangen, sondern nur die Ausfolgung der Schriften von dem Curator begehren.

Absatz 2 ist eine Wiederholung der Vorschrift des § 10, wonach auch die Kosten der Thätigkeit des Curators von der betreibenden Partei zu bestreiten sind.

Zustellung an Exterritoriale.

§ 119. Behufs Vornahme von Zustellungen an Personen, welche die Exterritorialität genießen, oder an Personen, welche sich in der Wohnung eines Exterritorialen befinden, hat das Gericht die Vermittlung des Obersthofmarschallamtes anzusuchen.

Kann die Zustellung auf diesem Wege nicht bewirkt werden, so hat das Gericht, bei welchem die Rechtssache anhängig ist, für die Person, an welche zugestellt werden soll, auf

Digitized by Google

Antrag oder von amtswegen einen Curator zu bestellen (§ 9), an welchen mit Wirksamkeit zugestellt werden kann.

Der Curator hat seine Bestellung unter Angabe des Inhaltes des ihm eingehändigten Schriftstückes, des Processgerichtes und der Streitsache der Person, welcher zugestellt werden sollte, ohne Aufschub mitzutheilen und für dieselbe bis zu ihrem eigenen Auftreten oder der Namhaftmachung eines Bevollmächtigten am gerichtlichen Verfahren theilzunehmen, wenn jedoch die Voraussetzungen der §§ 115 oder 116 vorliegen, die Erlassung einer öffentlichen Bekanntmachung im Sinne der §§ 115 oder 117 zu beantragen.

In Bezug auf die Kosten der Curatorsbestellung und öffentlichen Bekanntmachung hat § 118, Absatz 2, zur Anwendung zu kommen.

1. Nach Art. I, Beil. XVII der Wiener Congr.-Acte genießen das Recht der Exterritorialität die Botschafter, Legaten, Nuntien, die Gesandten und bevollmächtigten Minister, die beim Monarchen, und die Geschäftsträger, die beim Minister des Aeußeren accreditiert sind, das Gesandtschaftspersonale, die Gattin und die Familienglieder des Gesandten. Der bisherige Wirkungskreis des Obersthofmarschallamtes in Betreff der Zustellungen gerichtlicher Erlässe an exterritoriale Personen bleibt gemäß Art. III Einf.-Ges. zur Jurisdictionsnorm unberührt.

2. Die für die Zustellung an Exterritoriale geltenden Vorschriften wurden durch die Bestimmung ergänzt, dass vom Processgerichte für den Adressaten ein Curator zu bestellen sei, wenn der Versuch vergeblich geblieben, die Zustellung an einen Exterritorialen oder an eine Person zu bewirken, welche sich in der Wohnung des Exterritorialen befindet. Selbstverständliche Voraussetzung dieser Anordnung ist es, dass die Zustellung eine Rechtssache betrifft, in welcher das Processgericht trotz des exterritorialen Charakters des Adressaten zuständig ist. Die Frage, ob die Curatorbestellung in einer Rechtssache erfolgte, in welcher die durch den Curator vertretene Person der inländischen Gerichtsbarkeit untersteht, wird übrigens auch vom Curator selbst durch Recurs gegen seine Bestellung aufgeworfen und der Entscheidung im Instanzenzuge zugeführt werden können. Die Anordnung, dass der Curator seine Bestellung dem Adressaten mitzutheilen habe, bürgt dafür, dass auch dem letzteren volle Gelegenheit geboten werde, seine etwaigen abweichenden Rechtsauffassungen, sei es dem Gerichte, sei es im amtlichen Wege zur Geltung zu bringen (Regierungsmotive, S. 224).

Digitized by Google

2. Im Auslande.

§ 120. Zustellungen an die in einem fremden Staate sich aufhaltenden und dort das Recht der Exterritorialität genießenden österreichischen Staatsangehörigen werden auf Ansuchen des Gerichtes durch das Ministerium des Aeußern bewirkt.

§ 121. Zustellungen an Personen, welche sich außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes befinden und nicht zu den im § 120 bezeichneten Personen gehören, erfolgen, sofern nicht hiezu nach den dafür geltenden Bestimmungen die Vermittlung eines österreichisch-ungarischen Gesandten oder einer österreichisch-ungarischen Consularbehörde in Anspruch genommen werden kann, mittels Ersuchen an die zuständige ausländische Behörde. Das Ersuchen ist unter Beobachtung der hinsichtlich der einzelnen Staatsgebiete erlassenen besonderen Anordnungen vom Gerichte zu stellen, bei welchem die Rechtssache eben anhängig ist.

Wenn die Bestätigung über die erfolgte Zustellung binnen einer angemessenen Zeit nicht einlangt, kann die betreibende Partei je nach Lage der Sache die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung oder eine Curatorsbestellung im Sinne des § 116 beantragen. Gleiches gilt auch für den Fall, dass eine Zustellung im Auslande vergeblich versucht wurde oder das Ersuchen wegen offenkundiger Verweigerung der Rechtshilfe seitens der ausländischen Behörde keinen Erfolg verspricht.

1. Wenn an eine Person im Auslande zugestellt werden soll, welche nicht das Recht der Exterritorialität genießt, werden die nach der Gesetzgebung des betreffenden Landes mit dieser Aufgabe betrauten Organe um den Vollzug zu ersuchen sein. Es wäre denn, dass durch besondere Bestimmungen den in diesem Lande functionierenden österreichisch-ungarischen Gesandten oder Consularbehörden eine Ingerenz in Zustellungssachen eröffnet sei. Die Zustellung durch die Post kann hier nicht angeordnet werden (Regierungsmotive, S. 224). Die übrigen Vorschriften über die Zustellungen sind nur insofern anwendbar, als sie nicht die Art der Zustellung betreffen, welche einzig durch § 121 geregelt wird.

2. Den Gerichten ist gestattet, sich in allen jenen Fällen, wo es sich nur um einfache Zustellungen an österreichische oder fremde Staatsangehörige im Auslande handelt, unmittelbar an die daselbst befindlichen k. u. k. Gesandtschaften oder Consulate zu wenden (J. M. E. v. 14. October 1850, Nr. 393 R.-G.-Bl.). Die Gerichte haben jedoch in allen Fällen, in denen es sich nicht um dringende Angelegenheiten handelt, mit den k. u. k. Missionen im Auslande nicht direct zu correspondieren, sondern ihre Zuschriften an dieselben dem k. k. Justizministerium vorzulegen,

Digitized by Google

damit dieses deren Beförderung durch das k. u. k. Ministerium des Aeußeren vermittels der regelmäßigen Courierverbindung veranlasse. Für dringende Fälle bleibt laut obigen Erlasses den k. k. Gerichten die directe Correspondenz mit den k. u. k. Missionen im Auslande gestattet, sie haben jedoch ihre Zuschriften an dieselben, wenn sie durch die Post befördert werden, gehörig zu frankieren (J. M. E. v. 5. November 1876, Z. 14.093).

Die Zuschriften sind, sofern die Sprache des Landes, nach welchem das Ersuchen gerichtet ist, nicht gebraucht werden kann, deutsch abzufassen oder ist doch wenigstens eine deutsche Uebersetzung beizulegen und sind von dem zum Verständnisse des Actes nothwendigen nicht deutsch abgefassten Beilagen deutsche Uebersetzungen beizufügen (M. E. v. 28. September 1868, Z. 11.810; 10. December 1869, Z. 14.920).

3. Den Ersuchschreiben an ausländische Behörden ist auf der Adresse beizusetzen „oder jede andere zur Ausführung des Ersuchens berufene Behörde“ (J.M.E. v. 17. April 1885, Z. 6508). Allen gerichtlichen Ausfertigungen, welche nicht in deutscher Sprache abgefasst sind, sind deutsche Uebersetzungen beizuschließen (J. M. E. v. 12. November 1861, Z. 10.396). Die Zuschriften an ausländische Behörden sind zu frankieren (J. M. E. v. 12. April 1876, Z. 4651). Insofern nicht der unmittelbare Verkehr zwischen den hierländischen und den ausländischen Gerichten zugelassen ist, sondern die Vermittelung des Justizministeriums in Anspruch zu nehmen ist, sind die Actenstücke von dem Gerichte erster Instanz dem Justizministerium unmittelbar vorzulegen. Die Vorlage hat mit einfachem Rubrikberichte zu erfolgen, in welchem das einschreitende Gericht, die Art des zuzustellenden Actenstückes, der Gegenstand, welchen dasselbe betrifft, das Datum, die Geschäftszahl des Actenstückes, der Name und Wohnort des Adressaten, die Anzahl der vorgelegten Acten und Beilagen genau zu bezeichnen sind (J. M. E. v. 25. Jänner 1890, Z. 101).

4. Betreffs der einzelnen Staaten bestehen folgende Vorschriften:

Mit dem Staate Argentina oder Uruguay darf nicht direct verkehrt werden, die Ersuchschreiben sind zu legalisieren (J. M. E. v. 6. Feber 1877, Z. 1606).

Der gleiche Vorgang ist bei Belgien zu beobachten (J. M. E. v. 7. März 1857, Z. 50 R.-G.-Bl.).

Nach Bosnien und der Herzegovina besteht directer Verkehr mit den dortigen Behörden, deren Verzeichnis mit J. M. E. v. 8. August 1880, Z. 11.319 bekannt gemacht wurde. Die Requisitionen sind in deutscher Sprache zu verfassen.

Digitized by Google

Mit Brasilien stellt sich die Besorgung der Zustellungen durch die k. u. k. Consulate als die verhältnismäßig sicherste und jedenfalls einfachste Vermittlungsart heraus.

Um eine Zustellung auf diesem Wege zu erlangen, genügt es, wenn das betreffende Actenstück, versehen mit einem vorbereiteten Zustellungsscheine, nach Maßgabe der J. M. V. v. 25. Jänner 1890, Nr. 4 J. M. V. B. (Anm. 3) dem Justizministerium vorgelegt wird.

Als Bescheinigung der erfolgten Zustellung wird den Gerichten entweder der von der Partei unterfertigte Empfangschein oder das mit einer entsprechenden Bestätigung des k. u. k. Consulates versehene Post-Retourrecepisse übersandt werden (J. M. E. v. 22. Juli 1896, Z. 11.034).

Auf diplomatischem Wege ist zu verkehren:
mit Bulgarien,
China,
Dänemark (J. M. E. v. 8. Juli 18?0, Z. 9790).

Mit Deutschland besteht unmittelbarer Verkehr (J. M. V. v. 17. Jänner 1857, Z. 15 R.-G.-Bl.), Zustellungen an Parteien in Elsass-Lothringen sind dem Justizministerium vorzulegen.

Zustellungen nach Frankreich sind ohne Ersuchschreiben an die französische Behörde dem Justizministerium vorzulegen (J. M. E. v. 29. Feber 1864, Z. 1778). Bei Vorlage von Geschäftsstücken zur Zustellung in Griechenland ist im Vorlagebericht anzugeben, ob es auf eine rechtsförmige Zustellung ankommt oder ob eine einfache Bestellung des Geschäftsstückes an den Adressaten genügt und es ist für den ersteren Fall entweder eine griechische Uebersetzung oder eine französische Uebersetzung des Geschäftsstückes und der Geldbetrag für die Zustellungsgebür (2 Drachmen) mit vorzulegen oder in dem Vorlageberichte zu erklären, dass die Beistellung der Uebersetzung und die Bestreitung der Kosten durch die k. u. k. Gesandtschaft in Athen eingeleitet werden möge und dass die Vergütung aller Auslagen erfolgen werde (J. M. E. v. 3. Juli 1893, Z. 10.929).

Die directe Correspondenz mit englischen Behörden ist unstatthaft (J. M. E. v. 4. April 1858, Z. 6532). Bei Zustellungen von österreichischen Gerichtsacten kann die kostspielige Intervenierung von Advocaten oder Notaren nur dann beseitigt werden, wenn die k. und k. Botschaft in den Stand gesetzt ist, eine solche Zustellung unmittelbar durch die k. und k. Consulate besorgen zu lassen, wozu sie aber der genauen Angabe der Wohnung der Partei oder, wo dies nicht möglich ist, wenigstens der ausdrücklichen Bemerkung bedarf, dass die Zustellung nicht dringend sei (J. H. D. v. 10. Dec. 1846 Nr. 1008 J. G. S.).

Digitized by Google

Die Zustellung gerichtlicher Actenstücke in Italien erfolgt über Ersuchen des Obergerichtes, welchem das ersuchende Gericht untersteht, an jenes Obergericht (Corte d'Appello), welches zur Veranlassung ihrer Ausführung berufen ist. Die österreichischen Obergerichte haben sich in allen Schreiben der deutschen oder italienischen Sprache zu bedienen. Die Gerichte des Oberlandesgerichtssprengels Triest, Innsbruck, Zara einerseits, Mailand, Brescia, Venedig andererseits, können untereinander direct correspondieren, wenn sie sich der italienischen Sprache bedienen (J. M. V. v. 23. August 1872, Nr. 131 R.-G.-Bl.).

Alle Ersuchschreiben an k. niederländische Behörden sind im Wege des Justizministeriums zu übersenden (J. M. V. v. 7. März 1857, Nr. 50, R.-G.-Bl.).

Zur Vermittlung von Zustellungen nach Portugal ist die Beistellung eines Ersuchschreibens und portugiesischer Uebersetzungen entbehrlich (J. M. E. v. 8. Nov. 1893, Z. 24.168).

Zur Bewirkung einer Zustellung an die in Russland weilenden Privatpersonen bedarf es keiner förmlichen Rogatorien, da dieselben durch die Administrativbehörden bewirkt werden, welche sie anstandslos über Begehren unserer Consularämter vollziehen (J. M. E. v. 10. März 1874, Z. 2588). Die für Russland bestimmte Correspondenz wird auf dem Wege der k. und k. Botschaft in St. Petersburg ihrer Bestimmung zugeführt (J. M. E. v. 20. November 1884, Z. 13.231). Für Zustellungen in den Provinzen Polen und Bessarabien kann sich an die k. und k. Generalconsulate in Warschau und Odessa gewendet werden (J. M. E. v. 14. October 1850, Nr. 393 R.-G.-Bl.). Die Requisitionen sollen von einer russischen Uebersetzung begleitet sein. Wo es dem Gerichte unmöglich sein sollte, den Requisitionen eine russische Uebersetzung beizulegen, ist bei deren Vorlage das Ersuchen zu stellen, dass die Uebersetzung von der k. und k. Botschaft besorgt und beigeschlossen werde (J. M. E. v. 6. Mai 1868, Z. 5003). Diese Uebersetzungen sind von den Gerichten des O.-L.-G. Krakau und Lemberg in allen Fällen selbst zu besorgen. Ist es einem Gerichte nicht möglich, sich an seinem Amtssitze die Uebersetzung zu verschaffen, so hat es bei der Vorlage der Requisition das Ersuchen zu stellen, dass das k. k. Oberlandesgericht die Uebersetzung besorge und beischließe (J. M. E. v. 9. Mai 1880, Z. 6379). Die Correspondenz zwischen den Gerichten der Oberlandesgerichtssprengel Lemberg und Krakau einerseits und des kais. russischen Jurisdictionssprengels Warschau andererseits hat nach dem Staatsvertrage v. 2. April 1884, Nr. 134 R.-G.-Bl, direct stattzufinden.

Digitized by Google

Zur Vornahme von Zustellungen in Rumänien ist der diplomatische Weg vorgeschrieben. Es bedarf jedoch hiezu nicht der Ausfertigung eines eigenen Ersuchschreibens um die Rechtshilfe des betreffenden rumänischen Gerichtes, noch auch des Anschlusses einer rumänischen Uebersetzung, sondern es genügt die bloße Vorlage der Intimationsstücke nach Maßgabe des M. E. v. 25. Jänner 1890. Daneben bleibt es freigestellt, zur Vereinfachung und Beschleunigung den zuzustellenden Act nebst vorbereitetem Zustellungsscheine auch unmittelbar an die k. und k. Gesandtschaft in Bukarest mit einem an dieselbe gerichteten Ersuchschreiben im Postwege einzusenden (M. V. v. 13. September 1894, Z. 19020). Die Zuschriften sind laut M. V. v. 18. Nov. 1891, Nr. 4 M. V. Bl. portofrei.

Mit den Behörden in Schweden ist auf diplomatischem Wege zu verkehren.

Mit der Schweiz ist den beiderseitigen Gerichtsbehörden gleichen oder verschiedenen Ranges der unmittelbare Schriftenwechsel untereinander, insoferne nicht besondere Verhältnisse eine Vermittlung auf diplomatischem Wege, wie namentlich in den durch Staatsverträge bezeichneten Fällen, nothwendig machen, mit Beseitigung des diplomatischen Weges gestattet (M. V. v. 15. October 1856, Nr. 195 R.-G.-Bl.). Daselbst ist auch eine Uebersicht der schweizerischen Behörden mitgetheilt, an welche sich die österreichischen Gerichte zu wenden haben.

Die Uebermittlung der gerichtlichen Ersuchschreiben nach Serbien erfolgt auf diplomatischem Wege. Demselben ist, wenn es nicht in der Sprache des anderen Gerichtes abgefasst ist, eine deutsche oder französische Uebersetzung beizulegen. Dasselbe gilt von den Beilagen des Ersuchschreibens, deren Inhalt dem ersuchten Gerichte bekannt sein muss, um dem gestellten Ersuchen entsprechen zu können (Convention vom 6. Mai 1881, Nr. 88 R.-G.-Bl. v. 1882). Zur Veranlassung von einfachen Zustellungen an Parteien in Serbien sind besondere Ersuchschreiben an die betreffenden serbischen Gerichte nicht erforderlich. Es ist das zuzustellende Actenstück nebst dem vorbereiteten Zustellungsscheine, in welchem die Gattung des Actenstückes (z. B. Klage, Zahlungsauftrag), das Datum und die Geschäftszahl, die allfälligen Allegate, sowie der Name und der Wohnort des Adressaten genau anzugeben sind, ... unmittelbar dem Justizministerium vorzulegen. Sind die Zustellungsscheine in einer anderen als der deutschen Sprache abgefasst, so ist eine deutsche Uebersetzung beizulegen. Es ist wünschenswert, dass Actenstücke, welche innerhalb einer festgesetzten Frist in die Hände des Adressaten gelangen sollen, z. B. gerichtliche Vorladungen, wenigstens zwei Monate vor dem

Digitized by Google

anberaumten Termine an das Justizministerium gelangen (M. V. v. 6. April 1883, Z. 5131).

Nach Spanien ist im diplomatischem Wege zu verkehren.

Bei Zustellungen an österreichische oder fremde Unterthanen in der Türkei haben sich die Gerichte erster Instanz unmittelbar an das österreichische Consularamt oder die k. u. k. Agentie des betreffenden Bezirkes oder in Ermanglung eines eigenen solchen Missionspostens an jene des nächstgelegenen Bezirkes zu wenden. (J. H. D. v. 16. Juni 1847, Nr. 1066 J. G. S.).

Die Gerichte haben ihre Zuschriften an die königlichen ungarischen Gerichte unmittelbar zu richten und in der Aufschrift den Beisatz aufzunehmen „und an jede andere für die Angelegenheit zuständige Behörde in Ungarn." Das Ersuchen hat mittels förmlicher Note zu geschehen, die Adresse der Partei, insbesondere wenn es sich um Zustellungen in größeren Städten und Orten handelt, die Gassen- und Hausnummerbezeichnung ist möglichst genau und vollständig zu geben.

Wenn die für die Partei bestimmte Erledigung selbst (Urtheil, Zahlungsauftrag, Bescheid, Decret, Vorladung) in der deutschen Sprache abgefasst oder mit einer deutschen Uebersetzung versehen ist und wenn überdies der wesentliche Inhalt jener in einer anderen als der ungarischen oder deutschen Sprache verfassten Schriften (Klagen, Parteieingaben, Beilagen), insoweit derselbe für das um die Zustellung angegangene Gericht zu wissen nöthig ist, um die betreffende Partei davon verständigen zu können, in deutscher Sprache bekannt gegeben wird, wird von einer Uebersetzung der bloß zur Zustellung bestimmten Schriften abgesehen.

Dem Ersuchschreiben ist ein zweckentsprechend vorbereitender Empfangschein in deutscher Sprache oder mit deutscher Uebersetzung beizulegen.

Handelt es sich um Zustellungen, die mit der Einhaltung von Terminen für die Parteien verbunden sind, so ist darauf zu achten, dass der Termin nicht zu kurz bemessen und die Postaufgabe der Erledigung derart beschleunigt werde, damit die Zustellung noch innerhalb angemessener Frist leicht bewerkstelligt werden und der Zustellungsausweis vor Ablauf des Termines einlangen könne (J. M. V. v. 25. Juli 1894, Z. 15.526).

Wenn es sich um gerichtliche Amtshandlungen in Bezug auf die im Vatican wohnhaften Personen handelt, ist nicht in Gemäßheit der Verordnung vom 23. August 1872, Nr. 131 R.-G.-Bl. (oben bei Italien) vorzugehen, sondern der Act jedes-

Digitized by Google

mal dem Justizministerium zur weiteren Vermittlung vorzulegen (J. M. E. v. 25. August 1882, Z. 12.778).

In Fällen, wo Zustellungen in dem Gebiete der Vereinigten Staaten von Nordamerika vorzunehmen sind, haben die Gerichte ihre Ersuchschreiben an die dortigen Gerichtsbehörden in der Regel direct an das k. und k. Generalconsulat zu New-York und in ganz besonderen Fällen an die k. und k. Gesandtschaft in Washington zur weiteren Veranlassung einzusenden (M. V. v. 14. November 1856, Nr. 216 R.-G.-Bl.).

5. Das Interesse der betreibenden Partei verlangt einen Schutz für den Fall, als der normale Weg für Auslandszustellungen nicht zum Ziele führt, oder wegen der besonderen Gestaltung, welche die Beziehungen zu dem betreffenden einzelnen Staate gerade angenommen haben, von vornherein versperrt ist. Denn unbedingt einen vorgängigen Zustellungsversuch zu fordern, auch da, wo die Verhältnisse so klar liegen, dass die Vergeblichkeit der Requisition vorausgesehen werden kann, das wäre wohl kaum zu rechtfertigen. Solcher Schutz kann in nichts anderem liegen, als in der Ermächtigung einer Anbahnung der Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung oder der Zustellung an einen Curator. Alle anderen Zustellungsarten sind nach der Natur der Sache ausgeschlossen. Eine Ersatzzustellung in diesem Sinne lässt Absatz 2 zu. Dabei sieht der Entwurf schon ein längeres Ausbleiben der Bestätigung über die erfolgte Zustellung als Symptom dafür an, dass der Zustellungsversuch vereitelt sei (Regierungsmotive, S. 224). Besondere Weitläufigkeit oder Kostspieligkeit der Zustellung im Auslande nach den dortigen Vorschriften, Kriegszustand oder ungeordnete Verhältnisse in dem betreffenden Lande werden die öffentliche Zustellung nicht rechtfertigen.

Einer wiederholten Zustellung im Auslande und den damit verbundenen Schwierigkeiten und Verzögerungen kann gemäß § 96 durch die Aufforderung zur Namhaftmachung eines Zustellungsbevollmächtigten und durch die nachherige Verständigung vorgebeugt werden, dass die für die Auslandspartei bestimmten Schriftstücke bei Gericht werden hinterlegt werden. Ob bei Wohnungsänderungen der nicht auffindbaren Partei im Auslande nach Vorschrift des § 104 zugestellt werden kann, hängt davon ab, ob die ausländische Behörde sich zu dem Vollzuge herbeilässt. Andernfalls müsste die öffentliche Zustellung erfolgen.

§ 122. Die nach den §§ 119 bis 121 zu erlassenden Ersuchen um Vornahme von Zustellungen sind bei Gerichtshöfen

Digitized by Google

durch den Vorsitzenden des Senates zu stellen, dem die Rechtssache zugewiesen ist.

Die Zustellung wird in diesen Fällen durch das schriftliche Zeugnis der ersuchten Behörde oder deren schriftliche Mittheilung über die bewirkte Zustellung nachgewiesen. Zum Zwecke des Zustellungsnachweises kann dem Ersuchschreiben auch ein Zustellungsschein zur Benützung bei der Zustellungsvornahme beigelegt werden.

Dritter Titel: **Fristen und Tagsatzungen.**

Fristen.

§ *123. Soweit die Dauer der Fristen zur Vornahme von Processhandlungen nicht unmittelbar durch das Gesetz bestimmt wird (gesetzliche Fristen), hat sie der Richter mit Rücksicht auf die Erfordernisse und die Beschaffenheit des einzelnen Falles festzusetzen (richterliche Fristen).*

1. Dieser Titel handelt nur von den eigentlichen Processfristen: den zeitlichen Grenzen für die Processhandlungen der Parteien im anhängigen Processe außerhalb der mündlichen Verhandlung. Insofern Zeugen oder Sachverständige im eigenen Interesse im Processe aufzutreten haben, gelten die für Parteien gegebenen Regeln auch für sie. Die Zeiträume, von deren Ablauf die Perfection oder Zulässigkeit einer von Gerichtsorganen vorzunehmenden Handlung abhängt (§§ 115, 107, 96, 95), die Fristen, welche dem Gerichte für seine Thätigkeit bestimmt sind (§§ 280, 415, 445), sind keine eigentlichen Fristen und nicht nach den Vorschriften dieses Titels zu beurtheilen. Doch können die Bestimmungen über die Berechnung der Fristen auch auf andere als Processfristen analog angewendet werden.

2. Gesetzliche Fristen sind diejenigen, deren Dauer unmittelbar vom Gesetze bestimmt wird. Zu denselben gehören alle Nothfristen (§ 128) und außerdem:

die Frist von drei Tagen

a) zur Vorlage und Einsichtnahme der Urschrift einer Urkunde nach § 82,
b) zur Rückstellung der einem Advocaten übergebenen Urkunde nach § 83,
c) zum Antrage auf Entscheidung des Gerichtes über die Adjustierung von Zeugengebüren nach § 347,

Digitized by Google

d) zur Erhebung des Widerspruches gegen die Feststellung des Thatbestandes in einem bezirksgerichtlichen Urtheile nach § 445,

die Frist von einer Woche zum nachträglichen Antrage auf Einleitung des vorbereitenden Verfahrens nach § 246;

die Frist von acht Tagen

a) zum Antrage auf Berichtigung des Thatbestandes nach §§ 420, 493,

b) zum Antrage auf Ergänzung des Urtheiles nach § 423;

die Frist von vierzehn Tagen

a) zur Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Schiedsspruch nach Art. XXIII Einf.-Ges.,

b) zur Erhebung des Widerspruches im Mahnverfahren nach § 6 Ges. v. 27. April 1873, Nr. 67 R.-G.-Bl.;

die Frist von drei Monaten zur Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 168.

3. Andere gesetzliche Fristen, welche nicht die Vornahme von Processhandlungen in einem anhängigen Verfahren regeln, sondern als Präclusivzeiträume für die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen erscheinen, können wohl nach den Vorschriften der Civilprocessordnung berechnet werden. Die Bestimmungen über Verlängerung und Abkürzung der Fristen (§§ 128, 129) und über den Einfluss der Gerichtsferien auf den Lauf der Fristen können jedoch auf sie nicht angewendet werden.

Solche Fristen sind:

die Frist von vierzehn Tagen zur Bestellung eines Schiedsrichter nach § 581,

die Frist von dreißig Tagen

a) zur Erhebung der Besitzstörungsklage nach § 454,

b) zur Erhebung der Anfechtungsklage gegen Erkenntnisse der Börsenschiedsgerichte nach Art. XXV Einf.-Ges.;

die Frist von 90 Tagen zur Erhebung der Klage vor dem Gerichtsstande des früheren Wohnsitzes nach § 97 J. N.,

die Frist von drei Monaten zur Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruches nach § 596,

die Frist von 10 Jahren zur Erhebung der Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage nach § 534,

die Fristen des Anfechtungsgesetzes vom 16. März 1884, Nr. 36 R.-G.-Bl.

4. Wo das Gesetz bestimmt, dass die Frist innerhalb eines gewissen Zeitraumes festzusetzen ist, wie dies im § 243 bei Festsetzung der Frist zur Klagebeantwortung geschieht

Digitized by Google

(Einlassungsfrist), wird die Frist nur mittelbar vom Gesetze bestimmt, ist daher eine richterliche. Die Fristen, innerhalb welcher Tagsatzungen anzuberaumen sind (Ladungsfristen) sind nur Zeiträume, welche zur Vorbereitung der Partei zwischen der Ladung und Tagsatzung bestimmt sind; dieselben gehören gleichfalls nicht zu den eigentlichen Processfristen und sind nach den Bestimmungen über Tagsatzungen zu beurtheilen.

Diese Fristen sind:

24 Stunden bis 14 Tage und mehr für die erste Tagsatzung nach § 231, mindestens 8 Tage für die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung nach § 257, etwa 14 Tage für die Tagsatzung zur Berufungsverhandlung § 480.

5. Richterliche Fristen, welche vom Richter nach freiem Ermessen festzusetzen sind, kommen in den verschiedensten Fällen vor. Mit Ausnahme der bei § 128 angeführten unerstreckbaren Fristen dieser Art sind folgende anzuführen:

für die Vorlage der urkundlichen Nachweisung der Vertretungsbefugnis und der besonderen Ermächtigung zur Processführung nach § 6,

für die nachträgliche Vorlage der Vollmacht nach § 38,

für den Erlag der Klagscaution oder Ablegung des Paupertätseides nach § 60,

für die Namhaftmachung eines Zustellungsbevollmächtigten nach § 95,

für die Bestellung eines neuen Processbevollmächtigten im Anwaltsprocesse nach § 160,

für die Vorlage von Urkunden und Bekanntgabe der Adresse von Zeugen nach § 181,

für die Durchführung einer Beweisaufnahme nach §§ 279, 283, 335,

für die Hinterlegung einer Urkunde durch einen Dritten nach § 308,

für die Herbeischaffung einer Urkunde im Klagswege nach § 309,

für die Vorlage eines Kostenvorschusses nach §§ 328, 332, 365, 368,

für die Abgabe eines Gutachtens nach § 360,

für Aeußerungen der Parteien bei Competenzstreitigkeiten nach 47 J. N.,

für die Vorlage einer Gebürenrechnung bei der Expensenmoderierung nach Art. V Einf.-Ges.

§ 124. Der Lauf einer richterlichen Frist beginnt, sofern nicht bei Festsetzung derselben etwas anderes bestimmt wurde, mit Zustellung des die Frist anordnenden Beschlusses an die

Digitized by Google

Partei, welcher die Frist zugute kommt; wenn es aber einer Zustellung des Beschlusses nicht bedarf, mit der Verkündung des Beschlusses.

1. Richterliche Fristen können derart bestimmt werden, dass das Ende derselben durch Angabe des Kalendertages ausgedrückt wird; es kann aber auch der Beginn der Frist nach dem Kalendertage oder nach anderen Momenten richterlich festgesetzt werden. Für diese Fälle gelten die Bestimmungen des § 124 nicht. Nur wenn bei Festsetzung der Frist bezüglich des Anfangspunktes nichts bestimmt wurde und auch der Endpunkt nicht nach dem Kalendertage festgesetzt ist (§ 128), beginnt die Frist mit der Zustellung des schriftlichen Festsetzungsbeschlusses, wo dieselbe zur Wirksamkeit des Beschlusses gesetzlich vorgeschrieben ist. Dies ist nach § 426 der Fall, wenn der Partei ein Rechtsmittel gegen den mündlich verkündeten Beschluss oder das Recht zur sofortigen Executionsführung auf Grund des mündlich verkündeten Beschlusses zusteht, oder wenn die Partei bei der Verkündigung des Beschlusses nicht anwesend war, endlich gemäß § 427, wenn der Beschluss nicht mündlich verkündet worden ist. Ist die Zustellung des Beschlusses nicht vorgeschrieben, so beginnt die Frist mit dessen Verkündigung auch dann, wenn eine solche Zustellung dennoch erfolgt wäre. Die Frist beginnt mit der Zustellung an die Partei, welcher die Frist zugute kommt, daher, wenn die Frist beiden Parteien zugute kommt, für jede Partei mit der Zustellung an sie oder mit der Verkündigung für die anwesende und mit der Zustellung für die abwesende Partei. Fällt der Beginn einer Frist in die Gerichtsferien, so beginnt der Lauf der Frist mit dem Ende der Gerichtsferien (§ 225), falls es keine Nothfrist ist.

Für Streitgenossen trifft § 127 eine besondere Bestimmung.

2. Für den Beginn der gesetzlichen Fristen ist keine allgemeine Bestimmung getroffen, weil der Beginn derselben bald von der Zustellung (§§ 420, 423, 464, 468, 505, 507), bald von der Verkündigung (§ 464) oder Benachrichtigung (§ 82), bald von anderen Umständen (§§ 148, 534) abhängt, immer aber für jeden einzelnen Fall gesetzlich geregelt ist.

3. Die vom Tage der Zustellung an zu berechnende Frist läuft der Partei, der ein Zustellungsbevollmächtigter bestellt worden ist (§ 97), von dem Tage der Zustellung an diesen, nicht erst von der Zeit der Mittheilung an die Partei (R. G. Leipzig, R. A. III, 629). Dasselbe gilt von allen Zustellungen an Bevollmächtigte und von allen Arten der Ersatzzustellung oder der Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung,

Digitized by Google

sofern dieselben im einzelnen Falle gesetzlich zulässig waren und ordnungsmäßig erfolgt sind.

§ 125. Bei Berechnung einer Frist, welche nach Tagen bestimmt ist, wird der Tag nicht mitgerechnet, in welchen der Zeitpunkt oder die Ereignung fällt, nach der sich der Anfang der Frist richten soll.

Nach Wochen, Monaten oder Jahren bestimmte Fristen enden mit dem Ablaufe desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monates, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat. Fehlt dieser Tag in dem letzten Monate, so endet die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monates.

Das Ende einer Frist kann auch durch Angabe eines bestimmten Kalendertages bezeichnet werden.

Die Vorschriften über die Berechnung der Fristen gelten für die gesetzlichen und richterlichen Fristen. Für die nach dem bürgerlichen Rechte zu berechnenden Fristen bleiben die Vorschriften des § 902 a. b. G. B. unberührt. Die besondere Fristenberechnung des Art. 328 H. G. B. und Art. 32 W. O. stimmt mit jener der Civilprocessordnung überein, doch wird hier nicht besonders bemerkt, dass eine achttägige Frist entgegen dem falschen Sprachgebrauche volle acht Tage beträgt. Dass die Nichtanrechenbarkeit des Anbruchstages der Frist auf den Fall einer nach Tagen bestimmten Frist beschränkt wurde, hat darin seinen Grund, dass der Zweck dieser Regel bei den nach Wochen, Monaten oder Jahren bestimmten Fristen schon durch die Art der Fristberechnung erreicht wird (Regierungsmotive, S. 225). Wochenfristen enden mit dem gleichnamigen Tage der letzten Woche, z. B. eine am Montag beginnende dreiwöchentliche Frist am drittnächsten Montag, ohne Rücksicht darauf, ob dieser Tag in denselben Monat oder in dasselbe Jahr fällt. Monatsfristen enden am gleichnamigen Tage des letzten Monats, z. B. eine am 30. Juni beginnende einmonatliche Frist am 30. — nicht 31. — Juli. Eine am 31. Jänner beginnende einmonatliche Frist endet am 28. Feber, im Schaltjahre am 29. Feber, eine am 24. Jänner im Schaltjahre beginnende Frist am Schalttage, dem 24. Feber. Die Frist von einem halben Monat ist eine Tagesfrist und nach dem Sprachgebrauche mit 15 Tagen zu berechnen. Ein halbes Jahr sind sechs Monate, ein Vierteljahr drei Monate und als Monatsfristen zu berechnen. Jahresfristen enden mit dem gleichlautenden Tage des letzten Jahres, beginnen dieselben in einem Schaltjahre am 29. Feber, so enden sie im gemeinen Jahre am 28. Feber. Beginnen sie am 28. Feber, so enden sie auch im Schaltjahre

Digitized by Google

am 28. Feber. Die Frist endet mit dem astronomischen Tagesschlusse des letzten Tages, also um Mitternacht.

Langt eine Eingabe am letzten Tage der Frist nach Schluss des Einreichungsprotokolles beim Gerichte ein, so darf sie nicht als verspätet zurückgewiesen werden (O. G. H., Nr. 12400). Die Präclusivfrist des § 534 für die Zulässigkeit der Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage ist keine Processfrist; es steht jedoch nichts im Wege, auch auf sie die Berechnungsart der Processfristen anzuwenden.

Dieselbe wird jedoch, wie alle Jahresfristen, durch die Gerichtsferien nicht gehemmt; denn bei jeder Jahresfrist müssten die sechswöchentlichen Gerichtsferien in Abzug gebracht werden, es könnte daher die Regel des § 125, dass eine Frist am correspondierenden Jahrestage enden soll, bei Jahresfristen gar nie eintreten (§ 225).

Bei Fristen, die nach Stunden zu berechnen sind, wird bei Abgang besonderer gesetzlicher Bestimmungen Beginn und Ende der Frist a momento ad momentum zu berechnen sein.

Die Räumungsfristen im Bestandverfahren sind nach § 573 so zu berechnen, dass zwischen dem Tage des Beginnes und dem Tage der Beendigung der Räumung volle zwei oder volle sieben Kalendertage liegen.

§ 126. Der Beginn und Lauf von gesetzlichen und richterlichen Fristen wird durch Sonn- und Feiertage nicht behindert.

Fällt das Ende einer Frist auf einen Sonntag oder Feiertag, so ist der nächste Werktag als letzter Tag der Frist anzusehen.

Welche Tage im Sinne dieses Gesetzes als Feiertage zu gelten haben, wird nach § 221 durch Verordnung bestimmt. Bis dahin entscheidet diesbezüglich der Kalender.

Feiertage einzelner Confessionen, z. B. die jüdischen Feiertage gelten nicht. Gesetzlicher Feiertag ist nur derjenige, welcher gesetzlich für die Gesammtheit der Bevölkerung gilt; zu diesen gehören aber auch in den einzelnen Ländern die Feste der Landespatrone.

Die Tage des Postenlaufes haben auf den Lauf der Fristen keinen Einfluss. Die gegentheilige Bestimmung der Regierungsvorlage ist von der gemeinsamen Conferenz ohne Begründung ausgelassen worden.

Die Bestimmung des zweiten Absatzes ist auf alle processualen Fristen anzuwenden, mögen sie nach Tagen, Wochen, Monaten, Jahren, oder nur nach Stunden zu berechnen sein. Außer den Sonn- und Feiertagen hemmen auch die Gerichtsferien nach § 225 das Ende, diese aber auch den Beginn und

Digitized by Google

Lauf einer Frist. Endet eine Frist mit Rücksicht auf die Gerichtsferien an einem Sonn- oder Feiertage, so kommen die Bestimmungen des § 126 gleichfalls zur Anwendung.

§ 127. Laufen die den einzelnen Streitgenossen zur Vornahme derselben Processhandlung zustehenden gesetzlichen oder richterlichen Fristen zu verschiedenen Zeiten ab, so kann die fragliche Processhandlung von allen Streitgenossen so lange vorgenommen werden, als noch einem der Streitgenossen eine Frist für diese Processhandlung offen steht.

Eine Frist kann den einzelnen Streitgenossen zu verschiedenen Zeiten ablaufen, wenn die den Beginn der Frist regelnde Zustellung des Beschlusses an dieselben zu verschiedenen Zeiten erfolgt, wenn einer der Streitgenossen bei der Verkündigung des betreffenden Beschlusses nicht anwesend war und ihm der Beschluss deshalb gemäß § 426 zugestellt wurde, oder wenn nur einer der Streitgenossen eine Fristverlängerung erwirkt hat; denn nachdem gemäß § 15 jeder Streitgenosse den Process selbständig betreiben kann, so ist er auch berechtigt, selbständig die Verlängerung einer Frist zu verlangen und es muss sodann die ihm bewilligte Fristverlängerung allen Streitgenossen zugute kommen, sofern nicht das Gericht diese Fristverlängerung zum Anlass nimmt, nach Zulass des § 188 eine Trennung der Verhandlung zu verfügen.

Der Nebenintervenient ist nur ausnahmsweise (§ 20) Streitgenosse. Dennoch ist er gemäß § 19 berechtigt, alle Processhandlungen vorzunehmen, welche zur Unterstützung der Hauptpartei dienen können. Fristverlängerungen, welche ein Nebenintervenient erwirkt, ohne mit der von ihm unterstützten Partei in Widerspruch zu kommen, werden daher auch der Hauptpartei und sohin auch den Streitgenossen derselben zugute kommen.

§ 128. Gesetzliche Fristen, mit Ausnahme derjenigen, deren Verlängerung das Gesetz ausdrücklich untersagt (Nothfristen), sowie die richterlichen Fristen, hinsichtlich welcher in diesem Gesetze nichts anderes bestimmt ist, können vom Gerichte verlängert werden. Eine Verlängerung von Fristen durch Uebereinkommen der Parteien ist unzulässig.

Das Gericht kann eine solche Verlängerung auf Antrag bewilligen, wenn die Partei, welcher die Frist zugute kommt, aus unabwendbaren oder doch sehr erheblichen Gründen an der rechtzeitigen Vornahme der befristeten Processhandlung gehindert ist und insbesondere ohne die Fristverlängerung einen nicht wieder gut zu machenden Schaden erleiden würde.

Digitized by Google

Der Antrag muss vor Ablauf der zu verlängernden Frist bei Gericht angebracht werden. Ueber den Antrag kann ohne vorhergehende mündliche Verhandlung entschieden werden; vor Bewilligung der wiederholten Verlängerung einer Frist ist jedoch, wenn der Antrag nicht von beiden Parteien einverständlich gestellt wird, der Gegner einzuvernehmen.

Die zur Rechtfertigung des Antrages angeführten Umstände sind dem Gerichte auf Verlangen glaubhaft zu machen. Mangels hinreichender Begründung ist der Antrag zu verwerfen.

Bei Verlängerung der Frist ist stets zugleich der Tag zu bestimmen, an welchem die verlängerte Frist endet.

1. Den Bestimmungen des Entwurfes über Fristen und Tagsatzungen trat die Permanenzcommission des Herrenhauses bedingungslos bei, da sie eine Aufhebung der gegenwärtigen bedingungslosen Erstreckungs- und Vertagungsfreiheit als eine der wesentlichsten Voraussetzungen für die Schaffung eines praktisch befriedigenden mündlichen Civilprocesses erachtete und die großen Nachtheile nicht verkennen konnte, die sich aus den grund- und grenzenlosen Erstreckungen und Vertagungen für die Concentration des Verfahrens, für die Beherrschung des Processtoffes und damit auch für die Gediegenheit, Gründlichkeit und Richtigkeit des Urtheilsspruches ergaben (Motive der gemeinsamen Conferenz, S. 9). Die Regierungsmotive (S. 226) stellen betreffs der Fristverlängerung zwei Forderungen: Ein Hinausschieben der ursprünglich bestimmten Dauer der Frist darf niemals ohne Wissen und Betheiligung des Gerichtes stattfinden, und dann: derlei Veränderungen dürfen nur in dringenden Fällen und nur aus wichtigen Gründen gestattet werden, nur dort, wo ein Interesse an der Veränderung besteht, welches den durch die Tagsatzungsverlegung bedrohten Interessen zum mindesten das Gleichgewicht zu halten vermag. Der Ausschuss des Abgeordnetenhauses hat an Stelle der „unübersteiglichen Hindernisse“, welche nach der Regierungsvorlage eine Fristverlängerung rechtfertigen sollten, den Ausdruck „unabwendbare oder doch sehr erhebliche Gründe“ gewählt und die Bedeutung dieser Gründe dahin erläutert, dass insbesondere ein nicht wieder gutzumachender Schade durch die Fristverlängerung abgewendet werden soll. Dabei wurde jedoch vorausgesetzt, dass der Richter die von dem Ausschusse getroffene Bestimmung in dem Bewusstsein handhaben wird, dass es sich hier um Entscheidungen handelt, welche einerseits den Parteien zwar die nöthige Bewegungsfreiheit belassen sollen, andererseits aber der von dem Gesetze angestrebten Concentration und raschen Abwicklung des Processes nicht entgegen-

Digitized by Google

wirken dürfen. Eine laxe Handhabung dieser Bestimmung wäre keineswegs im Geiste des Gesetzes gelegen und könnte einen ungünstigen Einfluss auf die zukünftige Beschaffenheit des mündlichen Verfahrens üben (Motive des Abgeordnetenhauses, S. 26).

Wo das Gericht ohne Intervention der Gegenpartei nach fruchtlosem Ablaufe der Frist mit seiner Verfügung vorzugehen hat, wird eine gegentheilige Vereinbarung der Parteien nicht hemmend eingreifen können, z. B. bei dem Ablaufe der Frist zur Vorlage einer Vollmacht nach § 38, zur Namhaftmachung eines Zustellungsbevollmächtigten nach § 96 u. s. w.

Bei jenen Fristen dagegen, deren Versäumung den Ausschluss von der vorzunehmenden Processhandlung von einem auf Verwirklichung dieses Rechtsnachtheiles gerichteten Antrages der Gegenpartei abhängig macht (§ 145), z. B. bei der Frist zur Beantwortung der Klage gemäß §§ 243, 398, kann die versäumte Processhandlung bis zu dem Tage, an welchem der Antrag bei Gericht gestellt wurde, gemäß § 145 nachgetragen werden. In diesen Fällen können sich die Parteien thatsächlich ohne Wissen und Betheiligung, ja selbst gegen einen ausdrücklichen Beschluss des Gerichtes Fristverlängerungen dadurch gewähren, dass der Präclusionsantrag nicht gestellt wird. Ein diesbezügliches Uebereinkommen bleibt jedoch unzulässig und braucht daher von den Parteien nicht eingehalten zu werden.

2. Eine Fristverlängerung ist ausgeschlossen bei *Nothfristen*, auf deren Anfang und Ablauf auch weder die Gerichtsferien (§ 225), noch das Ruhen des Verfahrens (§ 168) Einfluss haben, während eine Unterbrechung des Verfahrens auch die laufenden Nothfristen aufhebt (§ 163).

Alle Nothfristen sind als solche im Gesetze ausdrücklich bezeichnet.

Es sind dies nachfolgende:

Die Frist von 24 Stunden zur Geltendmachung des Anspruches auf Zeugengebüren nach § 346,

die Frist von drei Tagen zu Einwendungen im Wechselverfahren nach §§ 557, 558,

zu Einwendungen gegen Aufkündigungen im Bestandverfahren, wenn die Kündigungsfrist weniger als 14 Tage beträgt, nach §§ 562, 566;

die Frist von acht Tagen

a) zum Begehren um Kostenfestsetzung gegen den ungehorsamen Zeugen nach § 334,
b) zum Antrag auf Kostenzuspruch gegen den Berufungsgegner bei Zurücknahme der Berufung nach § 484,

Digitized by Google

c) zur Wiedereinsetzung, Berufung, Revision und Recurs im Wechselverfahren nach § 555 und in Bestandsachen nach § 575,

d) zur Erhebung der Einwendungen gegen Kündigungen in Bestandsachen, wenn die Kündigungsfrist wenigstens 14 Tage beträgt, nach § 562, 566,

e) zur Erhebung von Einwendungen gegen Räumungs- und Uebernahmsaufträge in Bestandsachen nach § 567,

f) zum Recurse im Mahnverfahren nach §§ 5, 12 Gesetz. v. 27. April 1873, Nr. 67 R.-G.-Bl.,

g) zum Antrage auf meritorische Entscheidung im Berufungsverfahren nach § 478;

die Frist von 14 Tagen

a) zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 148,

b) zur Berufung nach § 464,

c) zur Berufungsbeantwortung nach § 468,

d) zur Revision nach § 505,

e) zur Revisionsbeantwortung nach § 507,

f) zum Recurse nach § 521,

g) zur Erhebung von Einwendungen im Mandatsverfahren nach § 550,

h) zur Erneuerung des Bestandvertrages nach § 569;

die Frist von einem Monat

zur Erhebung der Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage (§ 534).

Die Zahlungsfristen sind keine Processfristen, nachdem die Berichtigung der Schuld keine Processhandlung ist.

Im Mandatsverfahren (§ 550), Wechselverfahren (§§ 555, 557) sind die Zahlungsfristen ausdrücklich für unerstreckbar erklärt die eine Erstreckung der Leistungsfrist im ordentlichen Verfahren ermöglichende Bestimmung der Regierungsvorlage (§ 409) ist vom Ausschusse des Abgeordnetenhauses gestrichen worden und sollte in der Executionsordnung als Aufschub der Execution ihren Platz finden, ist aber schließlich auch dort gestrichen worden.

Desgleichen sind unerstreckbar diejenigen richterlichen Fristen, bei denen dies ausdrücklich bestimmt ist. Es sind dies die Frist zur Beibringung der Vollmacht (§ 37), zur Wiedervorlage eines verbesserten Schriftsatzes (§ 85).

Endlich sind unerstreckbar die bei § 123 Anm. 3 aufgezählten gesetzlichen Fristen für die Zulassung von Klagen und sonstigen Rechtsbehelfen.

Digitized by Google

3. Alle anderen gesetzlichen und richterlichen Fristen können vom Gerichte über einseitigen oder einverständlichen Antrag verlängert werden. Die Streitverkündigung (§ 21), das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts genügen zu einer Fristerstreckung nicht; doch kann ein Versäumnisurtheil gegen eine Armenpartei nicht erlassen werden, solange ihr im Verfahren vor Gerichtshöfen über ihr rechtzeitiges Gesuch ein Armenvertreter noch nicht bestellt worden ist (§ 73). Der Antrag auf Verlängerung der Frist muss vor Ablauf der Frist gestellt werden, eine Verlängerung der bereits abgelaufenen Frist über ein verspätetes Fristgesuch ist unmöglich; doch steht nichts entgegen, über ein solches verspätetes Fristgesuch, sofern noch nicht Präclusion eingetreten ist, bei Vorhandensein der gesetzlichen Bedingungen eine neue Frist zu bewilligen. Würde auf ein solches verspätetes Fristgesuch von der Gegenpartei der Präclusionsantrag gestellt werden, so könnte die Frist nicht bewilligt werden, weil der § 145 nur die Nachholung der Processhandlung selbst, nicht die Nachholung des Fristgesuches gestattet.

4. Voraussetzung der Fristbewilligung ist die Glaubhaftmachung (§ 274) der gesetzlichen Gründe. Der Richter ist das Organ, welches derlei Fristverlängerungsabsichten gegenüber dasInteresse aller derer wahrzunehmen hat, welche zur Zeit gleichfalls bei demselben Gerichte oder demselben Senate Processe anhängig haben und wegen der gegenseitigen Abhängigkeit aller Rechtssachen auch ihrerseits durch jene Verlängerung in der Erlangung eines Urtheiles aufgehalten würden. Fristen sollen nur verlängert werden, wenn sich der rechtzeitigen Vornahme der befristeten Processhandlung unübersteigliche Hindernisse in den Weg stellen. Dass dies der Fall ist, muss dem Richter über sein Verlangen glaubhaft gemacht werden. Der Contumacialgrundsatz, dass nicht Widersprochenes als wahr anzusehen sei, gilt hier nicht. Sonst würden die Parteien durch die Art ihrer Erklärung über die Interessen Dritter verfügen können und für eine Umgehung des Verbotes einverständlicher Fristverlängerungen wäre vom Gesetze selbst der Weg gewiesen. Für wichtigere Fälle ist eine Einvernehmung des Gegners angeordnet (Regierungsmotive, S. 226). Dieselbe kann auf schriftlichem Wege oder durch mündliche Einvernahme erfolgen. Die zur Glaubhaftmachung dienlichen Beweismittel sind im Gesuche immer anzuführen, damit dasselbe nicht mangels hinreichender Begründung abgewiesen werde. Dem freien Ermessen des Gerichtes ist es jedoch überlassen, in welchen Fällen es die Glaubhaftmachung wirklich verlangen soll.

5. Bei Verlängerung der Frist ist das Ende derselben stets durch Angabe des Kalendertages zu bestimmen. Fällt

Digitized by Google

dieser Kalendertag auf einen Sonn- oder Feiertag, so endet auch eine so bestimmte Frist gemäß § 126 erst am nächstfolgenden Werktag. Bei der Bestimmung des Endes einer verlängerten oder ursprünglichen Frist (§ 125) mit dem Kalendertage wird auch auf den Einfluss der Gerichtsferien (225) auf den Lauf der Fristen Rücksicht zu nehmen sei.

Nachdem die Gerichtsferien den Lauf einer Frist (mit Ausnahme der Nothfristen und der Fristen in Ferialsachen) derart hemmen, dass der noch übrige Theil der Frist mit dem Ende der Gerichtsferien weiter zu laufen beginnt und der Lauf einer Frist, die in den Gerichtsferien anfängt, erst mit dem Ende der Ferien beginnt, wird dafür zu sorgen sein, dass einerseits das Ende einer mit dem Kalendertage bestimmten Frist nie in die Gerichtsferien fällt, und dass andererseits dieser Einfluss der Gerichtsferien bei Bemessung der Frist in Rechnung gebracht und dies in dem betreffenden Bescheide deutlich zum Ausdruck gebracht werde, damit nicht die Partei die durch die Gerichtsferien veranlasste Gutfrist nach den Gerichtsferien nochmals beanspruchen kann.

Beginnen beispielsweise die Gerichtsferien am 15. Juli und soll am 12. Juli eine einmonatliche Frist bewilligt werden, so wird diese nicht am 12. August, sondern 29 Tage nach Ablauf der Ferien zu enden haben. Es wird daher der Bescheid dahin lauten, dass die einmonatliche, mit Berücksichtigung der Ferien, am 24. September endende Frist bewilligt werde. Bei einer zweimonatlichen Frist werden die ganzen 6 Ferialwochen abzurechnen, und es wird die am 12. Juli beginnende Frist bis zum 12. September mehr 6 Wochen, somit bis 24. October zu bestimmen sein. Die Entscheidung rücksichtlich eines Gesuches um Fristverlängerung steht nach § 140 dem Vorsitzenden des Senates, nach § 143 dem beauftragten oder ersuchten Richter zu.

§ 129. Alle Fristen können durch Vereinbarung der Parteien abgekürzt werden. Die Vereinbarung muss, um für das Gericht wirksam zu sein, urkundlich nachgewiesen werden.

Das Gericht kann richterliche und gesetzliche Fristen auf Antrag nur einer der Parteien abkürzen, wenn Umstände glaubhaft gemacht werden, welche eine solche Abkürzung zur Abwendung drohender erheblicher Nachtheile geboten erscheinen lassen und wenn zugleich der Partei, für deren Handeln die Frist bestimmt ist, die Vornahme der bezüglichen Processhandlung während der abgekürzten Frist ohne Schwierigkeit möglich ist. Vor Bewilligung der Abkürzung ist der Gegner einzuvernehmen.

Digitized by Google

1. Alle Processfristen im anhängigen Verfahren, also auch die Nothfristen (§ 128) können durch Vereinbarung der Parteien abgekürzt werden. Auf die bei § 123 Anm. 1 und 3 angeführten uneigentlichen Fristen ist die Bestimmung nicht anwendbar. Wenn der Entwurf eine Vereinbarung der Parteien über Abkürzung einer Frist Wirksamkeit zuerkennt, so geschieht dies nicht bloß, um dem Bestreben nach Beschleunigung des Verfahrens, wo immer es auftritt, vollen Erfolg zu sichern, sondern vornehmlich auch aus dem Grunde, weil ein von beiden Theilen geäußerter Wunsch nach Abkürzung jedenfalls als Symptom eines dringenden Interesses an der Processbeendigung aufzufassen ist und Beachtung verdient (Regierungsmotive, S. 227). Der Processbevollmächtigte ist zu einer solchen Vereinbarung befugt und kann ihm diese Befugnis durch Einschränkung der Vollmacht nicht entzogen werden (§ 32).

Die Vereinbarung ist urkundlich nachzuweisen, was gemäß § 294 durch Vorlage einer eigenhändig unterschriebenen oder mit dem gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichen versehenen Urkunde (Schriftsatzes) zu geschehen hat.

2. Zur Bewilligung des Antrages auf Abkürzung einer Frist ist bei Gerichtshöfen nach § 140 der Vorsitzende, aber nach § 143 auch der beauftragte oder ersuchte Richter berufen. Die Abkürzung aus den im Abs. 2 bezeichneten Gründen (behufs Abwendung drohender erheblicher Nachtheile) bildet die Parallele zu der im § 128 gestatteten Verlängerung (Regierungsmotive, S. 227). Die Umstände, aus denen auf den drohenden erheblichen Nachtheil geschlossen werden kann, sind glaubhaft zu machen (§ 274) und hat das Gericht außerdem immer den Gegner — mündlich oder schriftlich — zu hören und bei der Entscheidung zu erwägen, ob in der abgekürzten Frist die Vornahme der befristeten Processhandlung ohne Schwierigkeit möglich ist.

3. Ohne Antrag ist eine Abkürzung der Fristen unzulässig. Der Antrag kann bei gesetzlichen Fristen gleich in dem Schriftsatze, über welchen die Frist zu bestimmen ist, oder in der mündlichen Verhandlung, bei gesetzlichen und richterlichen Fristen aber auch nachträglich nach Bestimmung der Frist gestellt werden. Gegen die Abweisung ist nach § 141 der Recurs unzulässig. Die Bewilligung einer Fristenkürzung ist eine Ausnahmsmaßregel, welche bei kurzzeitigen Fristen mit Rücksicht auf die vorgeschriebene Einvernahme des Gegners vor der Entscheidung meist nur dort möglich sein wird, wo die Fristbestimmung in der mündlichen Verhandlung selbst zu erfolgen hat.

Digitized by Google

Tagsatzungen.

§ 130. Die Anberaumung von Tagsatzungen erfolgt, sofern das Gesetz nichts anderes anordnet, auf Antrag einer Partei. Vorbehaltlich besonderer in diesem Gesetze enthaltener Bestimmungen obliegt die Anberaumung der Tagsatzung einschließlich der Festsetzung von Ort, Tag und Stunde der Tagsatzung dem Gerichte.

Die Anberaumung einer Tagsatzung, sowie jede Ladung zu einer Tagsatzung kann durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden.

1. Die Tagsatzung ist der unter Festsetzung der Stunde und des Tages für die mündliche Verhandlung der Parteien, für die Einvernahme einer oder beider Parteien oder zur Beweisaufnahme vor dem Processgerichte, einem beauftragten oder ersuchten Richter bestimmte Zeitpunkt, vor dessen Eintritt die Verhandlung ohne Zustimmung aller Betheiligten nicht beginnen kann.

Die Zeitdauer der Tagsatzung, von dem Beginne derselben durch den Aufruf (§ 133) bis zum Schlusse ist als Tagsatzung anzusehen, innerhalb welcher die betreffende Processhandlung vorgenommen werden kann. Die Tagsatzung gilt nur dann für versäumt, wenn die Partei zur anberaumten Zeit nicht erscheint, wenn sie sich wieder entfernt oder ungeachtet richterlicher Aufforderung nicht verhandelt (§ 133).

2. Nachdem den Parteien der Processbetrieb überlassen ist, sind der Regel nach Tagsatzungen nur über Antrag der Partei anzuordnen. Ausnahmsweise bestimmt das Gesetz die Anberaumung einer Tagfahrt von amtswegen.

So nach § 85 zur Verbesserung von Formgebrechen eines Schriftsatzes, nach § 152 zur Fortsetzung eines über ein Wiedereinsetzungsgesuch unterbrochenen Verfahrens, nach §§ 190, 191 zur Aufnahme eines bis zur Entscheidung eines anderen Rechtsstreites, eines Verwaltungs- oder Strafprocesses unterbrochenen Verfahrens, nach § 194 zur Ergänzung einer geschlossenen Verhandlung, nach §§ 200, 134 bei Erstreckung von Tagsatzungen, nach § 256 nach Abschluss des vorbereitenden Verfahrens, nach § 260 zur abgesonderten Verhandlung über die Unzulässigkeit des Rechtsweges, die Unzuständigkeit des Gerichtes, der Streitanhängigkeit und der entschiedenen Streitsache, nach § 281 zur Fortsetzung der Verhandlung nach durchgeführter Beweisaufnahme, nach § 285 zur Verhandlung über einen bei der Beweisaufnahme vor dem ersuchten oder beauftragten Richter entstandenen Streit, nach § 288 zur Beweisaufnahme, nach § 360 zur Abgabe des Gutachtens, nach § 368

Digitized by Google

zur Vornahme des Augenscheines, nach § 402 bei Abweisung des Antrages auf Fällung des Urtheiles wegen Versäumnis, nach § 479, 499 bei Aufhebung des Urtheiles erster Instanz, nach § 511 bei Aufhebung des Urtheiles durch das Revisionsgericht, nach §§ 540, 541 zum Verfahren in der Hauptsache, wenn der Wiederaufnahmsklage stattgegeben wird, nach § 546 zur Aufnahme des unterbrochenen Rechtsmittelverfahrens, wenn die Wiederaufnahmsklage abgewiesen wurde, nach § 552 über Einwendungen gegen einen Zahlungsauftrag.

3. Die Anberaumung von Tagsatzungen kann nur dem Gerichte zustehen, denn sie enthält eine den richterlichen Dienst berührende Verfügung und eine Verfügung über die Verwendung der gerichtlichen Amtszeit. Nur wird nicht für jede Tagsatzung im Gerichtshofsverfahren ein eigentlicher Gerichts- (Senats-) Beschluss zu fordern sein. Die Nothwendigkeit eines solchen dürfte sich vielmehr auf die Fälle beschränken, in welchen die Entscheidung, ob das vorliegende Parteiansuchen eine dem Gesetze entsprechende Grundlage für die Einleitung weiteren Verfahrens sei, von besonders weittragender Bedeutung ist. Der Entwurf lässt daher auch die Tagsatzungsanberaumungen durch den Vorsitzenden zu. Darauf aufmerksam zu machen, dass solche Fälle vorkommen, bezweckt die Verweisung auf die „besonderen in diesem Gesetze enthaltenen Bestimmungen“ (Regierungsmotive, S. 227).

4. Aus welchem Anlasse immer eine Ladung erfolgen mag, ist sie doch stets nur eine präparatorische Verfügung, ein Mittelglied zwischen dem Parteiantrage und der Verhandlung ohne eigentliche präjudicielle Bedeutung. Nicht einmal der Erscheinungspflicht des Geladenen präjudiciert sie, denn ist er aus Gründen, welche dem Verzichte entrückt sind, von der Einlassung befreit, so entbehrt das bei der Tagsatzung Verhandelte gegen ihn der Wirkung, sollte er auch der Ladung nicht gefolgt sein. Dieser Wahrnehmung, dass die Ladung an sich in die Rechtssphäre der Parteien nicht eingreift, sondern sich für letztere nur durch das beschränkend erweisen kann, was über die Ladung geschieht, dieser Wahrnehmung entspricht es, wenn der Entwurf die Anfechtung einer Ladung durch abgesondertes Rechtsmittel versagt. Für diese Bestimmung spricht derselbe Gesichtspunkt, der dazu führt, die einzelnen Acte der richterlichen Processleitung während der Verhandlung der gesonderten Anfechtung zu entziehen; auch die richterliche Ladung ist ein nothwendiger Act der Processleitung. Ebenso soll nach dem Entwurfe die Geltendmachung der etwa gegen die Ladung bestehenden rechtlichen Bedenken einstweilen aufgeschoben und dem Rechtsmittel vorbehalten werden, welches

Digitized by Google

wider die auf Grund der Tagsatzung ergangene richterliche Aeußerung offen steht (Regierungsmotive S. 227). Gegen die Ladung eines Zeugen ist nach § 349 ein Rechtsmittel überhaupt ausgeschlossen.

§ 131. Die Verständigung von der Anberaumung der Tagsatzung und Aufforderung zum Erscheinen bei derselben (Ladung) erfolgt an die Partei, welche um die Anberaumung der Tagsatzung angesucht hat, mittels Rubrik, an die Gegenpartei durch Zustellung eines mit der Ausfertigung der Ladung versehenen Exemplares des Schriftsatzes oder der Protokollsabschrift. Bei einer von amtswegen erfolgenden Anberaumung der Tagsatzung sind beide Parteien durch Zustellung von Rubriken zu laden.

Im Anwaltsprocesse muss die erste Ladung zur mündlichen Verhandlung, sofern dieselbe nicht bereits an einen Advocaten ergeht, insbesondere auch die Aufforderung enthalten, rechtzeitig einen Advocaten als Vertreter zu bestellen, und den Parteien bekanntgeben, welche Nachtheile das Gesetz mit der Nichtbestellung eines Advocaten und mit dem Versäumen der Tagsatzung verbindet.

Zu Tagsatzungen, welche in mündlich verkündeten gerichtlichen Entscheidungen anberaumt werden, sind die Parteien nur insoweit besonders zu laden, als weder sie noch ihre Vertreter oder Bevollmächtigten bei der Verkündigung anwesend waren.

1. Die Ladung bildet den Inhalt oder einen Theil des Inhaltes der zuzustellenden gerichtlichen Verfügung. Der Gegner der betreibenden Partei ist der Abkürzung und Vereinfachung halber von der richterlichen Verfügung, welche die Tagsatzung anberaumt, unter gleichzeitiger Mittheilung des vorbereitenden Schriftsatzes (Protokolles) zu verständigen. Die Ladung kann also unmittelbar auf den vorbereitenden Schriftsatz geschrieben werden, nicht ist etwa ihre separate Ausfertigung nothwendig (Regierungsmotive, S. 227).

Diese Vorschrift ist jedoch nicht immer anwendbar. Der wichtigste Fall der Ladung ist jener zur mündlichen Verhandlung, welche nach § 244 vor Gerichtshöfen nach rechtzeitig überreichter Klagebeantwortung, nach § 480 vor dem Berufungsgerichte nach rechtzeitig überreichter Berufungsbeantwortung zu erfolgen hat. Mag man nun in diesen Fällen den Kläger oder Berufungswerber als betreibende Partei ansehen oder von einer amtswegigen Anberaumung der Tagsatzung sprechen, in keinem Falle wird man sich nach der Vorschrift des § 131 benehmen dürfen, sondern man wird gemäß § 80 dem Kläger oder Berufungswerber ein Exemplar des vorbereitenden Schrift-

Digitized by Google

satzes zustellen müssen und damit dessen Ladung zu verbinden haben.

2. Im Anwaltsprocesse (§ 27) ist durch die Bestimmung des § 37 vorgesehen, dass der Kläger bereits bei Ueberreichung der Klage einen Advocaten als Processbevollmächtigten bestellen muss, dem sohin die Ladung zur ersten Tagsatzung (§ 230) zuzustellen ist (§ 93). Für den Beklagten ist der Nachweis der Bestellung eines Advocaten als Processbevollmächtigten nach § 37 erst bei der Klagebeantwortung vorgeschrieben. Es muss daher dem Beklagten, wenn er nicht ausnahmsweise schon früher die Bestellung eines Advocaten als Processbevollmächtigten anzeigt, bei der Ladung zur ersten Tagsatzung vor dem Gerichtshofe bekannt gegeben werden, dass er einen Advocaten als Vertreter zu bestellen hat, dass seine Klagebeantwortung zurückgewiesen werden müsste, wenn er den Nachweis der Bestellung eines Advocaten in derselben nicht erbringen würde (§ 37), dass Schriftsätze, welche nicht von einem Advocaten gefertigt sind, zurückgewiesen werden (§ 75), dass jede Tagsatzung, für welche die Beiziehung eines Advocaten im Gesetze vorgeschrieben ist, als versäumt gilt, wenn die Partei ohne Advocaten erscheint (§ 133), und dass bei der ersten Tagsatzung, falls Beklagter bei derselben nicht erscheint, das auf den Gegenstand des Rechtsstreites bezügliche thatsächliche Vorbringen der erschienenen Partei, soweit dasselbe durch die vorliegenden Beweise nicht widerlegt wird, für wahr zu halten und auf dieser Grundlage auf Antrag der erschienenen Partei über das Klagebegehren durch Versäumnisurtheil zu erkennen sein wird (§ 396).

Im Verfahren vor Bezirksgerichten sind gemäß § 437, 438 Kläger und Beklagter über diese Folgen des Ausbleibens zu belehren. Wird diese Belehrung unterlassen, so kann gemäß § 145 ein Versäumnisurtheil nicht gefällt werden und es ist gemäß § 402 die Tagsatzung zur Behebung des Mangels zu erstrecken.

3. Die Anberaumung von Tagsatzungen in mündlich verkündeten Entscheidungen hat zu erfolgen:

bei der Erstreckung einer Tagsatzung (§ 137),

bei dem Vergleiche auf einen Eid (§ 205),

im vorbereitenden Verfahren (§ 248), zum Zwecke der eidlichen Einvernahme einer Partei (§ 379). Ist bei der Verkündigung solcher Beschlüsse nur die eine Partei anwesend, so braucht nur die abwesende Partei schriftlich geladen zu werden.

§ 132. Die Tagsatzungen werden, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt, im Gerichtshause abgehalten.

Digitized by Google

Tagsatzungen zur mündlichen Verhandlung können an einem Orte außerhalb des Gerichtshauses anberaumt werden, wenn die Verhandlung an diesem Orte leichter durchgeführt oder hiedurch ein größerer Kostenaufwand vermieden werden kann.

1. Nach § 328 sind Zeugen, welche infolge Krankheit, Gebrechlichkeit oder aus anderen Gründen außerstande sind, ihre Wohnung zum Zwecke der Vernehmung zu verlassen, oder welche infolge bestehender Anordnungen nicht verpflichtet sind, zur Abgabe einer Zeugenaussage in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten im Gerichtshause zu erscheinen, in ihrer Wohnung zu vernehmen. Mitglieder des kaiserlichen Hauses werden als Zeugen durch den Obersthofmarschall oder außer Wien durch den Präsidenten des Kreis- oder Landesgerichtes ihres Aufenthaltsortes in ihrer Wohnung vernommen.

Die Consuln, Generalconsuln und ihre Kanzler, sowie die Viceconsuln und Consularagenten von Frankreich (Vertrag vom 11. December 1866, Nr. 167 R.-G.-Bl.), von Portugal (Vertrag vom 9. Jänner 1873, Nr. 135 R.-G.-Bl, für 1874), von Serbien (Vertrag vom 6. Mai 1881, Nr. 87 R.-G.-Bl. für 1882), von Deutschland (Vertrag vom 6. December 1891, Nr. 15 R.-G.-Bl. für 1892), von Italien (Vertrag vom 6. December 1891, Nr. 17 R.-G.-Bl. für 1892), von Belgien (Vertrag vom 6. December 1891, Nr. 22 R.-G.-Bl. für 1892), der Schweiz (Vertrag vom 10. December 1891, Nr. 18 R.-G.-Bl. für 1892), von Spanien (Vertrag vom 3. Juni 1880, Nr. 29 R.-G.-Bl. für 1881), von Japan (Vertrag vom 18. October 1869, Nr. 128 R.-G.-Bl. für 1872), von Siam (Vertrag vom 8. Mai 1871, Nr. 8 R.-G.-Bl. für 1873), von Schweden und Norwegen (Vertrag vom 3. November 1873, Nr. 60 R.-G.-Bl. für 1874), von Hawaii (Vertrag vom 18. Juni 1875, Nr. 87 R.-G.-Bl. für 1876) und Nordamerika (Vertrag vom 11. Juli 1870, Nr. 116 R.-G.-Bl. für 1871) sind in ihrer Wohnung zu vernehmen, wenn sie Unterthanen des ernennenden Staates sind. In diesen Fällen muss die Tagsatzung außerhalb des Gerichtshauses abgehalten werden.

2. Sonst sind Tagsatzungen regelmäßig im Gerichtshause abzuhalten. Dennoch wird es zweckmäßig sein, die Möglichkeit einer Ausnahme hievon zu erweitern. Namentlich ist ein innigerer Zusammenhang der Verhandlung mit der Beweisaufnahme — wodurch das Bedürfnis begründet wird, außerhalb des Gerichtshauses zu verhandeln — auch jenseits des Besitzstörungsverfahrens nicht selten. Das Auftauchen eines solchen Bedürfnisses lässt sich nicht einmal mit einigem Grunde auf das bezirksgerichtliche Verfahren beschränken. Deshalb wird

Digitized by Google

ein allgemeiner Rechtssatz des Inhaltes beantragt, dass auch Tagsatzungen zur mündlichen Verhandlung außerhalb des Gerichtshauses stattfinden können, wenn die Verhandlung an diesem Orte leichter durchgeführt oder hiedurch ein größerer Kostenaufwand vermieden werden kann (Regierungsmotive, S. 227). Doch kann eine Beweisaufnahme außerhalb des Gerichtshauses nach §§ 328, 352 368 auch durch einen beauftragten oder ersuchten Richter stattfinden. Zweckmäßigkeitsgründe sind hier allein entscheidend.

Die Tagsatzung zur Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gerichte ist nach § 281 zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung zu bestimmen. In diesem Falle kann der Ort der Tagsatzung jedoch auch getrennt, die Beweisaufnahme an Ort und Stelle, die sich daran anschließende Verhandlung im Gerichtshause angeordnet werden.

§ 133. Die Tagsatzung beginnt mit dem Aufrufe der Sache.

Die Tagsatzung ist von einer Partei versäumt, wenn die Partei zu der für die Tagsatzung anberaumten Zeit nicht erscheint oder, wenn erschienen, ungeachtet richterlicher Aufforderung nicht verhandelt oder nach dem Aufrufe der Sache sich wieder entfernt.

Als versäumt gilt die Tagsatzung auch dann, wenn die Partei bei denjenigen Processhandlungen, für welche die Beiziehung eines Advocaten im Gesetze vorgeschrieben ist, ohne Advocaten erscheint.

1. Der Aufruf der Sache hat den Zweck, festzustellen, wer von den Betheiligten rechtzeitig erschienen ist. Er kann daher nicht vor der festgesetzten Stunde, zu welcher die Tagsatzung angeordnet ist, rechtswirksam erfolgen und darf sich nicht auf den Aufruf im Verhandlungszimmer beschränken, sondern muss auch in den für Parteien, Advocaten, Zeugen bestimmten Warteräumen, in Ermanglung solcher in den von den anwesenden Personen besetzten Räumlichkeiten (Corridoren) erfolgen.

Die bisher geltende hora legalis wurde abgeschafft. Diese Aenderung wurde im Ausschusse damit begründet, dass die hora legalis einerseits nur auf Anordnung einer Tagsatzung auf eine bestimmte spätere Stunde, als es dem allgemeinen Sprachgebrauche entspricht, hinauslaufe, anderseits der weitere Bestand dieser Form sehr häufig zu irrthümlichen Auffassungen führe und für nicht rechtskundige Parteien, besonders aber für Zeugen und Sachverständige, vielfach Zeitverlust mit sich bringe (Motive des Ausschusses, S. 26).

Digitized by Google

2. Weil die Tagsatzung von ihrem durch den Aufruf bezeichneten Anfang bis zu dem ausdrücklich ausgesprochenen Schlusse ein Ganzes bildet, kann sie auch erst nach ausgesprochenem Schlusse als von der Partei versäumt angesehen werden (Regierungsmotive, S. 228).

Die versäumte Processhandlung kann gemäß § 145 bis zum Schlusse der über den Antrag auf Verwirklichung der Versäumungsfolgen stattfindenden Verhandlung nachgeholt werden.

Erscheint eine Partei erst nach dem Beginne der Tagsatzung und verhandelt sie, bevor der Vorsitzende die Verhandlung geschlossen hat (§ 180), so ist sie noch mit ihrem Vorbringen zu hören (§ 179). Der Schluss der Verhandlung erfolgt nach § 193 durch den Vorsitzenden, in mündlichen Verhandlungen vor dem Gerichtshofe unter Mitwirkung des Senates. Wie der Aufruf der Sache ein formeller Act ist, so ist es auch der Schluss der Verhandlung, welcher ausdrücklich erklärt werden soll. Wird dies versäumt, so können auch concludente Handlungen, z. B. Verkündigung des Beschlusses, Zurückziehung des Gerichtes zur Berathung, oder Entlassung der Partei (Busch 11, 331) als Schluss der Verhandlung erscheinen. Das Einverständnis des Senates erfordert keinen besonderen Beschluss, es genügt, wenn keines der Senatsmitglieder weitere Aufklärungen verlangt. Nach dem Schlusse der Verhandlung kann keine Partei weiter verhandeln, außer es erfolgt die Wiedereröffnung derselben (§ 194). Wird nach einem berechtigten Contumazialantrag die Verhandlung geschlossen, so kann sie wegen späteren Erscheinens des Gegners nicht wieder aufgenommen werden.

3. Dem Ausbleiben der Partei ist es gleichzuachten, wenn die erschienene Partei ungeachtet richterlicher Aufforderung nicht verhandelt. Nur die totale Verweigerung des Verhandelns zieht Versäumnisfolgen nach sich. Verhandelt der Erschienene zur Sache, bringt er thatsächliche oder rechtliche Argumente zu seinen oder des Gegners Anführungen oder Anträgen vor, so verhandelt er, mag er sich auch in die Verhandlung zur Hauptsache nicht einlassen, sondern nur processhindernde Einreden geltend machen. Sache des Vorsitzenden ist es, gemäß § 182 durch geeignete Fragestellung für eine erschöpfende Erörterung des Sachverhaltes Sorge zu tragen, und Sache des Gerichtes ist es, gemäß § 272 den Einfluss der Verweigerung der Beantwortung einzelner Fragen oder des Einlassens zur Hauptsache und gemäß § 267 die Bedeutung der unterlassenen Beantwortung gegnerischer Anführungen zu prüfen. Beantragt die erschienene Partei nur die Verlegung der Tagsatzung und verweigert sie nach Abweisung dieses Antrages

Digitized by Google

die Verhandlung zur Sache, so treffen sie gemäß § 136 gleichfalls die Folgen der Versäumung. Rügt die erschienene Partei nur Mängel, welche die Erlassung eines Versäumnisurtheiles verhindern (§ 402), so verhandelt sie nicht zur Sache, sondern lehnt die Verhandlung ab. Stellt die allein erschienene Partei das Contumazbegehren nicht, wo dieses zulässig erscheint, so verhandelt auch sie nicht und es tritt gemäß § 170 Ruhen des Verfahrens ein.

4. Die Partei, welche sich nach dem Aufrufe der Sache entfernt, ohne verhandelt zu haben, steht der nicht erschienenen gleich. Hat sie vor ihrer Entfernung verhandelt, so treffen sie die Folgen des Ausbleibens nicht, sondern nur die der theilweisen Versäumung nach §§ 267, 272.

Der sich freiwillig entfernenden Partei ist nach § 136 jene gleichgestellt, welche sich vor der Entscheidung über einen Antrag auf Erstreckung der Tagsatzung entfernt, welche nach § 198 zur Aufrechthaltung der Ordnung von der Verhandlung entfernt wurde, oder welche einer verständlichen Aeußerung über den Gegenstand des Rechtsstreites oder der mündlichen Verhandlung nicht fähig ist und bei der gemäß § 185 aus diesem Grunde erstreckten Verhandlung nicht unter Vertretung eines geeigneten Bevollmächtigten erscheint.

5. Als versäumt gilt endlich die Tagsatzung im Anwaltsprocesse, wenn die Partei ohne Advocaten erscheint. Die Verlegung der Tagsatzung aus diesem Grunde erscheint unzulässig, weil die Partei gemäß § 131 in der ersten Ladung zur Bestellung eines Advocaten aufgefordert und über die Rechtsfolgen der Unterlassung belehrt worden sein muss. Wenn aber eine Partei, welche ohne Verzug nach Zustellung der Klage um Bewilligung des Armenrechtes angesucht hat, bei der ersten zur mündlichen Streitverhandlung bestimmten Tagsatzung ohne Advocaten erscheint, weil dieses Gesuch noch keine Erledigung gefunden hat oder für sie noch kein Advocat bestellt worden ist, so kann gemäß § 73 ein Versäumnisurtheil gegen sie nicht erlassen werden und ist die Tagsatzung nach § 402 von amtswegen zu erstrecken.

§ *134. Tagsatzungen können durch richterliche Entscheidung verlegt werden (Erstreckung). Solche Erstreckung kann auf Antrag oder von amtswegen stattfinden:*

1. wenn sich dem rechtzeitigen Erscheinen einer oder beider Parteien oder der Aufnahme oder Fortsetzung der Verhandlung zwischen ihnen ein für sie unübersteigliches oder doch ein sehr erhebliches Hindernis entgegenstellt und insbesondere

Digitized by Google

ohne die Erstreckung eine Partei einen nicht wieder gut zu machenden Schaden erleiden würde;

2. wenn das Gericht durch anderweitige unaufschiebbare amtliche Obliegenheiten oder aus sonstigen wichtigen Gründen an der Aufnahme oder Fortsetzung der Verhandlung behindert ist;

3. wenn eine nicht sofort vor dem Processgerichte vollziehbare, für die Weiterführung der Verhandlung jedoch wesentliche Beweisaufnahme angeordnet wird oder sich behufs Fortsetzung und Durchführung der Verhandlung die Herbeischaffung von Urkunden, Auskunftssachen oder Augenscheinsgegenständen nothwendig erweist;

4. wenn die Verhandlung bei der vom Gerichte hiezu anberaumten Tagsatzung auch ohne Dazwischenkunft der vorerwähnten Hindernisse nicht zum Abschlusse gebracht werden kann.

1. Das Verfahren wird umso bestimmter ohne unnöthigen Aufenthalt und ohne Abschweifung seinem Ziele zuschreiten, sein Gang wird umso fester sein, mit je klareren Verhältnissen der Richter bei der Processleitung und namentlich bei der Tagsatzungsanberaumung rechnen kann. Und auch ein zweites steht fest: Das Verfahren wird in jeder Beziehung umso besser sein, je seltener Tagsatzungsverlegungen vorkommen. Solche Verlegungen wirken ungünstig auf das Interesse des Gerichtes, auf die Vorbereitung aller an der Verhandlung betheiligten Personen und auch auf die Richtigkeit und Verlässlichkeit der Entscheidung, und zwar letzteres, weil sie nothwendig die Unmittelbarkeit der Verhandlung mindern, Lücken in das den Richter bei der Urtheilsfällung bestimmende Verhandlungsbild brechen (Regierungsmotive, S. 225). Viel unmittelbarer als Fristverlängerungen müssten Tagsatzungsverlegungen selbst das ganze System der bei einem Gerichte anberaumten Termine in Unordnung bringen und stören. Was über die Schädlichkeit jener Fristverlängerungen gesagt wurde, gilt daher, wenn möglich, in verstärktem Maße von der Erstreckung der Tagsatzungen, und es begreift sich bei dieser Sachlage ohneweiters, warum nach dem Entwurfe auch Tagsatzungsverlegungen nur unter richterlicher Intervention gestattet sind und nur beim Vorhandensein wichtiger Erstreckungsgründe vorkommen sollen. Die Wichtigkeit kann nur aus dem Zusammenflusse aller Umstände beurtheilt werden, welche den einzelnen Verlegungsantrag begleiten und hiebei wird dem Gerichte eine gewisse Freiheit gelassen werden müssen. Das Gesetz könnte sich vielleicht damit begnügen, Erheblichkeit, Wichtigkeit der Erstreckungsgründe zu fordern; die darin gelegene Verweisung auf die concreten Verhältnisse und das gewissenhafte Ermessen des Ge-

Digitized by Google

richtes verständen sich von selbst. Der Entwurf glaubt jedoch hiezu nicht rathen zu können. Und zwar namentlich mit Rücksicht auf die bisherige Processtradition, die im neuen Verfahren keine Fortsetzung finden darf, wenn man die vielen Beschwerden über Langwierigkeit und Endlosigkeit der Civilprocesse endgiltig zum Verstummen bringen will. Der bisherigen tief eingewurzelten milden Praxis in Erstreckungssachen wäre mit der Forderung wichtiger oder erheblicher Erstreckungsgründe nicht Halt geboten. Der Untersagung „einverständlicher Erstreckungen" würde die Rechtssanction abgehen, ein gewisses Minimum plausibler Erstreckungsgründe würde leicht herbeigeschafft sein. Soll das neue Verfahren knapper und rascher werden, weniger ins Breite gehen als bisher, soll eine gewisse engere Zusammenfassung der einzelnen Processabschnitte und Acte stattfinden, dann wird es nothwendig oder doch sehr vorsichtig sein, wenn das Gesetz auch gewisse Andeutungen darüber gibt, welches Maß von Wichtigkeit ungefähr den für eine Tagsatzungsverlegung vorgebrachten Umständen innewohnen müsse, damit erstreckt werden dürfe. Und aus diesem Gesichtspunkte: weil es sich hier um den Uebergang zu wichtigen neuen Grundsätzen handelt, deren Anwendung zu erleichtern und zu sichern das Gesetz kaum je zu viel thun kann, zu Grundsätzen, von deren sorgfältiger Beachtung zum wesentlichen Theile das Gelingen oder Misslingen der beabsichtigten Neugestaltung des Processes abhängt, weil endlich die Erreichung der diesem Unternehmen vorschwebenden legislativen Ziele aus der Sphäre des Zufalles, des subjectiven Urtheiles und Ermessens nach Thunlichkeit herausgehoben werden muss, deshalb hat sich der Entwurf entschlossen, unter Zahl 1 bis 4 diejenigen Verhältnisse anzugeben, welche allein sich zur Rechtfertigung einer Erstreckung eignen (Regierungsmotive, S. 228).

2. Einverständliche Erstreckungen sind ausgeschlossen, wenn sie nicht gerechtfertigt sind (§ 135). Die Erstreckung erfolgt von amtswegen oder auf Antrag durch richterliche Entscheidung. Dieselbe hat bei Gerichtshöfen durch den Vorsitzenden zu erfolgen, wenn sie nicht bei einer mündlichen Verhandlung oder in einer Entscheidung des Gerichtes stattfindet (§ 140). Tagsatzungen, welche von einem ersuchten oder beauftragten Richter angeordnet werden, sind auch von diesem zu erstrecken (§ 143).

3. In der Regierungsvorlage war im Absatze 1 nur ein unübersteigliches Hindernis als genügender Grund einer Erstreckung anerkannt. Der Ausschuss des Abgeordnetenhauses wollte durch den Beisatz den Parteien die Verlegung

Digitized by Google

von Tagsatzungen erleichtern, jedoch ohne den Richter von der Pflicht zu entbinden, die Verlegung nur bei einem sehr erheblichen Hindernisse oder nicht wieder gut zu machenden Schaden zu bewilligen (Motive des Ausschusses, S. 26). Dieselbe Erleichterung findet sich im § 128 betreffs der Fristerstreckungen und wird dort dahin erläutert, dass der Richter die von dem Ausschusse getroffene Bestimmung in dem Bewusstsein handhaben soll, dass es sich hier um Entscheidungen handelt, welche einerseits den Parteien zwar die nöthige Bewegungsfreiheit belassen soll, andererseits aber der von dem Gesetze angestrebten Concentration und raschen Abwicklung des Processes nicht entgegenwirken dürfen. Tagsatzungen dürfen nur dort erstreckt werden, wo ein Interesse an der Veränderung besteht, welches den durch die Tagsatzungsverlegung bedrohten Interessen zum mindesten das Gleichgewicht zu halten vermag (Regierungsmotive, S. 226). Die Streitverkündigung (§ 21), das Gesuch um Bewilligung des Armenrechtes (§ 73) genügen zu Tagsatzungserstreckungen nicht. Doch ist die Tagsatzung zu erstrecken, so lange im Anwaltsprocesse über rechtzeitiges Gesuch der Armenvertreter noch nicht bestellt worden ist (§ 73). Vergleichsverhandlungen genügen an sich gleichfalls nicht (§ 204). Dagegen erscheinen Erstreckungen gerechtfertigt, wegen Naturereignissen oder anderen unabwendbaren Zufällen (§ 402), wegen verspäteter, eine genügende Vorbereitung nicht gestattender Zustellung eines Schriftsatzes (§ 139), wegen mangelnden Nachweises der gesetzlichen Vertretung oder der besonderen Ermächtigung zur Processführung (§ 6), wegen mangelnden Nachweises der Vollmacht (§ 37), bei der Unfähigkeit einer ohne Bevollmächtigten zur mündlichen Verhandlung erschienenen Partei zu einer verständlichen Aeußerung (§ 185), wenn dem Bevollmächtigten das Wort entzogen und die Partei zur Bestellung eines anderen Bevollmächtigten angewiesen wird (§ 200), bei dem Ausbleiben einer Partei im vorbereitenden Verfahren (§ 254).

Die häufigsten Erstreckungsgründe sind erfahrungsgemäß mangelnde Information des Processbevollmächtigten, anderweitige Geschäfte des Processbevollmächtigten, welche ihn von dem Eintreten in die Verhandlung abhalten, sowie eine ungenügende Kenntnis der zu benützenden Beweismittel, welche von der Partei und ihren Processbevollmächtigten erst erforscht und gesichtet werden müssen.

Hier die Intentionen des Gesetzes betreffs Abkürzung des Verfahrens mit dessen weiterem Grundsatze betreffs Erforschung der materiellen Wahrheit in Uebereinstimmung zu bringen, eine unvollständige Verhandlung, die endlich doch verlegt werden

Digitized by Google

muss, zu vermeiden, wird die ganze Aufmerksamkeit des Richters in Anspruch nehmen.

Die Parteien werden es, wenn sie einverstanden sind, immer in der Hand haben, eine Erstreckung zu erzwingen, sei es, dass sie Vergleichsverhandlungen glaubhaft machen und die Vornahme derselben vor einem beauftragten Richter beantragen (§ 204), sei es, dass nur eine Partei erscheint und neue Thatsachen vorbringt (§ 399, 442), wo sodann die Erstreckung der Tagsatzung vor Bezirksgerichten gesetzlich vorgeschrieben ist und vor Gerichtshöfen kaum verweigert werden kann.

In solchen Fällen würde eine Verweigerung der Tagsatzungserstreckung gerade die engere Zusammenfassung der einzelnen Processabschnitte verhindern und die Knappheit und Uebersichtlichkeit des Processtoffes kaum erreichen lassen.

Ueberall dort also, wo die Parteien eine einverständliche Erstreckung beantragen, und wo es klar ist, dass die Verhandlung schließlich doch nicht zu Ende geführt werden könnte, wo endlich eine theilweise Fixierung des Processtoffes nicht wegen der Aufnahme von Beweisen oder Herbeischaffung von Beweismitteln nothwendig erscheint, wird in die Verhandlung nicht einzugehen und die Tagsatzung aus dem Grunde der mangelnden Information oder der fehlenden Uebersicht der Beweismittel zu erstrecken sein.

Ob anderweitige Geschäfte des Processbevollmächtigten eine Erstreckung rechtfertigen, wird von der Wichtigkeit der Sache und von dem Umfange des Processstoffes abhängen; denn mit Rücksicht auf die Bestimmungen des § 41 hat die Partei auf einen Ersatz der Informationskosten des in solchen Fällen etwa als Substituten eintretenden Advocaten keinen Anspruch, würde sohin durch die Verweigerung der Erstreckung einen nicht wieder gutzumachenden Schaden erleiden.

4. Die Absätze 2 und 4 betreffen jene Fälle, in welchen das Gericht verhindert ist, die sonst rücksichtlich der Parteien und des Processtoffes unbehinderte Verhandlung aufzunehmen, fortzusetzen und zum Abschluss zu bringen, sei es, dass das Gericht anderweitig unaufschiebbar verhindert ist, dass ein Mitglied des Senates, vor dem die Verhandlung begonnen hat, vorübergehend verhindert ist, oder dass die Verhandlung wegen allzu reichhaltigen Stoffes an einem Tage nicht durchgeführt werden kann. In diesem Falle wird die Verlegung auf möglichst kurze Zeit, wenn möglich auf den nächsten Tag stattzufinden haben, damit das Verhandlungsbild bei Richtern und Parteien nicht verwischt werde.

Digitized by Google

5. Die Erstreckung der Verhandlung zur Beweisaufnahme findet nur dann statt, wenn dieselbe nicht sofort vor dem Processgerichte stattfinden kann, weil z. B. Zeugen vorgeladen, Urkunden, Auskunftssachen oder Augenscheinsgegenstände herbeigeschafft werden müssen, oder wenn die Beweisaufnahme außerhalb der Verhandlung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter stattfinden soll. Hierher gehören auch die Erstreckungen wegen Einleitung eines vorbereitenden Verfahrens (§ 246) und um der eidlich zu vernehmenden Partei vor der Vernehmung eine Ueberlegungsfrist zu geben (§ 379).

§ 135. Der Antrag auf Erstreckung einer Tagsatzung ist im Falle des § 134, Z. 1, auch dann, wenn er von beiden Parteien einverständlich gestellt wird, durch Angabe der das Erscheinen oder die Aufnahme oder Fortsetzung der Verhandlung hindernden Umstände zu rechtfertigen. Die zur Begründung des Antrages angeführten Umstände sind dem Gerichte auf Verlangen glaubhaft zu machen.

Mangels hinreichender Begründung ist der Antrag zu verwerfen.

1. Wie bei Fristerstreckungsgesuchen (§ 128), so ist auch bei Anträgen auf Erstreckung einer Tagsatzung, mögen sie einseitig oder einverständlich gestellt werden, die Begründung des Antrages vorgeschrieben. Der Contumazialgrundsatz, dass nicht Widersprochenes für wahr zu halten ist, gilt hier nicht. Sonst könnten die Parteien durch Unterlassung der Erklärung über das gegnerische Vorbringen das Verbot einverständlicher Tagsatzungserstreckungen umgehen. Die zur Glaubhaftmachung (§ 274) erforderlichen Umstände und Beweise sind im Antrage immer anzuführen, damit derselbe nicht mangels hinreichender Gründe verworfen werde. Sache des Gerichtes ist es, in jedem einzelnen Falle zu bestimmen, ob die Glaubhaftmachung wirklich zu erfolgen hat.

2. Das Gesetz spricht nur von Erstreckung der Tagsatzungen, worunter nach dem Wortlaute die Anberaumung der Tagsatzung auf einen späteren Zeitpunkt verstanden werden muss. Es steht jedoch nichts im Wege, eine Tagsatzung auch auf einen früheren Zeitpunkt zurück zu verlegen, wenn die Partei dieses Begehren durch genügende Gründe rechtfertigt oder eine Verlegung der Tagsatzung wegen Verhinderung der Partei oder des Gerichtes sich als nothwendig darstellt.

§ 136. Der Antrag auf Erstreckung einer Tagsatzung kann bei dieser Tagsatzung selbst oder vor Beginn derselben gestellt werden.

Digitized by Google

Im ersteren Falle ist über den Antrag, nach Anhörung des anwesenden Gegners, ohne Aufschub durch Beschluss zu entscheiden und, wenn die Erstreckung verweigert wird, ohne weitere Unterbrechung die Verhandlung aufzunehmen oder fortzusetzen. Gegen die Partei, welche sich vor der Entscheidung entfernt hat oder nach Zurückweisung des Antrages sich weigert, zur Sache zu verhandeln, treten die Rechtsfolgen der Versäumung der Tagsatzung ein.

Auf Erstreckungsanträge, welche vor der Tagsatzung einlangen, finden die Bestimmungen des § 128, Absatz 3, entsprechende Anwendung.

1. Die Verhandlung über die angesuchte Erstreckung einer Tagsatzung ist in der Regel bei dieser Tagsatzung selbst vorzunehmen, um im Falle der Abweisung des Ansuchens sofort zur Verhandlung der Hauptsache schreiten zu können (Abs. 2). Eine andere Art der Behandlung der Erstreckungsanträge würde die Kosten steigern und die Aufrechthaltung der Ordnung des Verfahrens ungemein erschweren. Wollte man an der Regel unbedingt festhalten, dass über ein Erstreckungsbegehren immer erst nach Anhörung des Gegners entschieden werden dürfte, so würde dies in den nicht seltenen Fällen zu einem unnützen Aufwande an Zeit und Kosten führen, in welchen die Verhinderung des Erstreckungswerbers zweifellos ist und dem Gerichte in unanfechtbarer Weise noch vor der Tagsatzung dargethan wird. In Fällen dieser und ähnlicher Art wird es dem Gerichte unbedenklich zu gestatten sein, auf Grund des einseitigen Vorbringens der verhinderten Partei und ohne Einvernehmung des Gegners zu entscheiden (Absatz 3). Wenn die Möglichkeit nicht mehr geboten ist, durch eine rechtzeitige Verständigung von der bewilligten Erstreckung dem Gegner das nutzlose Erscheinen bei der Tagsatzung zu ersparen, entfällt für das Gericht allerdings der hauptsächlichste Anlass, bei Entscheidung über das Gesuch die etwaigen Gegengründe der anderen Partei außeracht zu lassen. Unter solchen Umständen wird auch die Verhandlung über einen Erstreckungsantrag, der bereits vor Beginn der Tagsatzung angebracht wurde, dieser Tagsatzung vorbehalten werden können (Regierungsmotive, S. 229). Erstreckungsanträge bei der Tagsatzung werden daher immer, schriftliche Erstreckungsanträge dann in der mündlichen Verhandlung zu erledigen sein, wenn die Verständigung vor der bewilligten Erstreckung nicht mehr rechtzeitig vor der Tagsatzung erfolgen könnte, oder wenn es nothwendtg erscheint, vor der Entscheidung den Gegner zu hören (§ 128). Ueber schriftche Erstreckungsanträge, welche so zeitig gestellt werden, dass die Entscheidung noch vor der Tagsatzung zugestellt werden

Digitized by Google

kann, ist sofort zu entscheiden, wenn dem Begehren ohne Einvernahme des Gegners stattzugebenoder dasselbe ohne Einvernahme des Gegners abzuweisen ist. Nach § 128 ist aber bei wiederholten Erstreckungen, wenn dasselben nicht einverständlich von beiden Theilen begehrt werden, der Gegner immer zu hören.

Die Entscheidung erfolgt in der mündlichen Verhandlung durch das Gericht, außerhalb der mündlichen Verhandlung durch den Vorsitzenden (§ 140), vor dem ersuchten oder beauftragten Richter durch diesen (§ 143). Gegen die erste Erstreckung einer Tagsatzung, welche vier Wochen nicht überschreitet, ist ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 141).

2. Erscheint bei der Tagsatzung der Gegner nicht, so treffen ihn die Folgen des Ausbleibens (§ 133); erscheint keine der Parteien und wird das schriftliche Erstreckungsbegehren abgewiesen, so tritt nach § 170 Ruhen des Verfahrens ein. Dasselbe gilt, wenn der Gegner bei der Tagsatzung nicht erscheint und der erschienene Erstreckungswerber nach Abweisung des Begehrens nicht verhandeln will oder sich entfernt oder wenn beide Theile sich entfernen oder nicht verhandeln.

§ 137. Wird eine Tagsatzung erstreckt, so ist vom Gerichte Tag und Stunde der neuerlichen Tagsatzung den Parteien, wenn thunlich, sofort mündlich bekanntzugeben. Andernfalls hat die Verständigung mittels Rubrik zu geschehen.

Diese Bestimmung hat insbesondere auch Anwendung zu finden, wenn die Erstreckung einer Tagsatzung zum Zwecke einer Beweisaufnahme erfolgt.

1. Die neue Tagsatzung hat nach § 181 der Vorsitzende zu bestimmen, mag die Erstreckung von ihm oder vom Gerichte bewilligt worden sein. Wird Tag und Stunde der neuerlichen Tagsatzung mündlich bekannt gegeben, so entfällt nach § 131 die schriftliche Ladung. Dieselbe ist bei mündlich verkündeten Erstreckungen nur dann erforderlich, wenn weder die Parteien, noch ihre Vertreter oder Bevollmächtigten bei der Verkündigung anwesend waren, also auch dann, wenn sie sich vor der Verkündigung des Beschlusses entfernt haben.

2. Wenn die Erstreckung einer Tagsatzung zum Zwecke einer Beweisaufnahme erfolgt (§ 134), so kann nach § 281 die neue Tagsatzung nur dann bestimmt und bekanntgegeben werden, wenn entweder die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gerichte stattfinden soll oder der Zeitpunkt der Beendigung der einem ersuchten oder beauftragten Richter zu übertragenden Beweisaufnahme mit Sicherheit bestimmt werden kann. Im ersteren Falle ist die Tagsatzung zur Beweisaufnahme und

Digitized by Google

zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung, im letzteren Falle nur zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung, anzuordnen.

§ 138. Wenn nicht wegen einer Veränderung in der Besetzung des Gerichtes eine neuerliche Verhandlung stattfinden muss, hat im Falle der Erstreckung einer Tagsatzung der Richter oder der Vorsitzende des Senates, vor welchem die Verhandlung stattfindet, bei der späteren Tagsatzung die wesentlichen Ergebnisse der früheren mündlichen Verhandlung auf Grund des Verhandlungsprotokolles und der sonst zu berücksichtigenden Processacten mündlich vorzuführen und die Fortsetzung der abgebrochenen Verhandlung hieran anzuknüpfen.

Das Urtheil kann nur von denjenigen Richtern gefällt werden, welche an der dem Urtheile zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung theilgenommen haben (§ 412). Muss vor der Urtheilsschöpfung eine Aenderung eintreten, so ist die mündliche Verhandlung von neuem durchzuführen. Andernfalls hat der Richter, oder bei Gerichtshöfen der Vorsitzende, die frühere Verhandlung nur zu resumieren und hiebei das Verhandlungsprotokoll und seine Beilagen (§§ 208, 212), sowie die im Laufe eines Rechtsstreites von einem beauftragten oder ersuchten Richter aufgenommenen Protokolle und deren Beilagen (§ 217) zu benützen. Inwiefern die Parteien bei der fortgesetzten Verhandlung in neuem Vorbringen etwa beschränkt sind, ist jeweils nach Inhalt und Gegenstand der Verhandlung zu beurtheilen. Dass die Darlegung der bisherigen Verhandlungsergebnisse eine Berichtigung seitens der Parteien erfahren kann, ist nach den allgemeinen, für die mündliche Verhandlung geltenden Grundsätzen zweifellos; auch die fortgesetzte Verhandlung wird übrigens den Parteien hinreichend Gelegenheit geben, ein früheres Vorbringen dem Gerichte in Erinnerung zu bringen, das sie bei der Entscheidung berücksichtigt wissen wollen, aber im Vortrage des Vorsitzenden vermisst haben. Ein solches Berichtigungsrecht der Parteien vorbehalten, dürften die Ergebnisse der früheren Verhandlung im Wege eines Resumés des Vorsitzenden oder Einzelnrichters jedenfalls kürzer, übersichtlicher, klarer, einfacher und unbefangener reproduciert werden (Regierungsmotive, S. 229).

§ 139. Wenn die Zustellung eines vorbereitenden Schriftsatzes oder einer Protokollsabschrift, über welche eine Ladung erging, derart verzögert wird, dass die zwischen der Zustellung der Ladung und der anberaumten Tagsatzung liegende Frist dem Gegner eine genügende Vorbereitung für die mündliche Verhandlung oder in den Fällen des Anwaltsprocesses die recht-

Digitized by Google

zeitige Bestellung eines Advocaten nicht mehr gestattet, und wenn zugleich der Gegner an dieser Verzögerung der Zustellung keine Schuld trägt, so hat das Gericht oder im Verfahren vor Gerichtshöfen der Vorsitzende des Senates, vor welchem die Verhandlung stattfinden soll, die anberaumte Tagsatzung auf Antrag oder von amtswegen, noch vor ihrer Abhaltung zu erstrecken. Hievon sind alle zur Tagsatzung geladenen Personen ohne Aufschub zu verständigen.

1. Wenn es in Anbetracht der den Betheiligten auferlegten Opfer dringend gefordert werden muss, dass der Process womöglich bei einer Tagsatzung zu Ende geführt werde, oder doch die Verhandlung bei jeder anberaumten Tagsatzung einen bedeutenden Schritt zum Urtheil hin thue, so wäre es als ein um so schwererer Verlust anzusehen, wenn alle diese Opfer infolge Frustrierung der anberaumten Verhandlungstagsatzung ganz nutzlos blieben. Derlei zweckloser Aufwand an Zeit, Mühe und Kosten darf sich nicht oft wiederholen; sonst könnte es leicht geschehen, dass man das Verschwinden der Schriftlichkeit zu bedauern beginnen würde, weil dieses von Gericht und Parteien einen weit geringeren Grad von Bereitschaft forderte und sich in demselben solche Zufälle viel bequemer erledigen. Behufs Hintanhaltung vergeblichen Erscheinens der Parteien und sonstiger Processpersonen verleiht daher der Entwurf dem Gerichte, beziehungsweise dem Vorsitzenden des Senates die Befugnis, eine zur Verhandlung anberaumte Tagsatzung noch vor der Abhaltung derselben zu verlegen, wenn es voraussichtlich wegen verspäteter Zustellung der Ladung bei der bevorstehenden Tagsatzung zu einer meritorischen Verhandlung nicht kommen kann (Regierungsmotive, S. 229).

2. Nur die Verzögerung der Zustellung solcher Schriftsätze, welche eine Ladung (§ 131, Anm. 1) veranlasst haben, berechtigt zur Erstreckung. Schriftsätze, welche sich die Parteien gemäß § 258 in der Zeit zwischen Anberaumung und Beginn der Streitverhandlung mittheilen, berechtigen zu solchen Erstreckungen nicht.

3. Zur Vorbereitung für die mündliche Verhandlung bestimmt das Gesetz:

a) für die erste Tagsatzung ungefähr 14 Tage und mindestens 24 Stunden (§ 231),

b) für die mündliche Streitverhandlung mindestens 8 Tage (§ 257), vor Bezirksgerichten in dringenden Fällen, insbesondere bei Besitzstörungen selbst den Tag der Klageüberreichung (§ 436),

c) für die mündliche Berufungs- und Revisionsverhandlung ungefähr 14 Tage (§§ 480, 509).

Digitized by Google

Sind diese Fristen durch eine Verzögerung in der Zustellung gekürzt, so ist die Tagsatzung — besondere Fälle ausgenommen — zu erstrecken. Es hängt aber von den Umständen des Falles ab, ob nicht auch dann die Erstreckung zu bewilligen ist, wenn zwar die gesetzlichen Ladungsfristen eingehalten wurden, dennoch aber glaubhaft gemacht wird, dass die genügende Vorbereitung zur mündlichen Verhandlung in dieser Frist nicht beschafft werden kann.

4. Für die rechtzeitige Bestellung eines Advocaten werden obige Ladungsfristen immer genügen, außer wo es sich um die Ertheilung des Armenrechtes und um die Bestellung eines Armenanwaltes handelt. Für diese Fälle ist durch die Bestimmung des § 73 vorgesorgt und es wird in solchen Fällen angemessen sein, die Tagsatzung nach Vorschrift des § 139 zu erstrecken, wenn der Armenvertreter noch nicht bestellt ist. Voraussetzung ist aber immer, dass die Partei an der Verzögerung keine Schuld trägt.

Gemeinsame Bestimmungen.

§ 140. Wenn die Bestimmung von Fristen oder die Anberaumung von Tagsatzungen nicht in einer Entscheidung des Gerichtes oder bei einer mündlichen Verhandlung erfolgt, obliegt sie im Verfahren vor Gerichtshöfen dem Vorsitzenden des Senates, dem die Rechtssache zugewiesen ist.

Gleiches gilt von der Entscheidung über einen Antrag auf Verlängerung oder Abkürzung einer Frist oder auf Erstreckung einer Tagsatzung, falls nicht der Antrag während einer mündlichen Verhandlung gestellt wird.

Die Bestimmung von Fristen, die Anberaumung von Tagsatzungen, die Entscheidung über Verlängerung oder Verkürzung einer Frist, sowie Tagsatzungserstreckungen sollen im Gerichtshofverfahren dem Senate oder dessen Vorsitzenden obliegen, je nachdem die Entscheidung während einer mündlichen Verhandlung oder außerhalb derselben erfolgt. Wie ähnliche Bestimmungen in früher erwähnten Fällen, zielt auch diese Vorschrift zunächst darauf ab, Arbeitskraft und Interesse des Senates vor Ueberlastung mit Processleitungsgeschäften zu bewahren und so unvermindert als möglich für die Verhandlung und Aburtheilung der Hauptsache zu erhalten. Dazu kommt noch ein anderes Moment. Der Entwurf überträgt wesentliche Stücke der Processleitung dem Vorsitzenden zu selbständiger Ausrichtung. Da nun obige Verfügungen über Fristen und Tagsatzungen ziemlich oft der Ausführung solcher processleitender Anordnungen zu dienen haben — z. B. betreffs Herbeischaffung von Urkunden, Namhaftmachung der Adressen

Digitized by Google

von Zeugen — so empfiehlt es sich umsomehr, beide Arten von Verfügungen in derselben Hand zu vereinigen (Regierungsmotive, S. 229). Aber auch in jenen Fällen, in denen der Senat zu entscheiden hat, muss der Vorsitzende gemäß § 281 die neue Tagsatzung bestimmen. Gegen die Anberaumung von Tagsatzungen ist nach § 130 ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen. Die Erstreckung der Tagsatzung, weil die Partei einer verständlichen Aeußerung über den Gegenstand des Rechtsstreites nicht fähig ist, erfolgt gemäß § 185 auch in der mündlichen Verhandlung durch den Vorsitzenden.

§ 141. Die erste Verlängerung einer Frist und die erste Erstreckung einer Tagsatzung kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden, soferne die bewilligte Fristverlängerung die Dauer der ursprünglichen Frist und die bewilligte Erstreckung der Tagsatzung die Dauer von vier Wochen nicht überschreitet. Gegen die Verweigerung der Abkürzung einer Frist ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen.

Nur die erste Verlängerung einer Frist oder Erstreckung einer Tagsatzung sowie die Abweisung eines Gesuches um Abkürzung einer Frist sind im Rechtszuge unanfechtbar, wenn die Frist die Dauer der ursprünglichen nicht übersteigt und die Tagsatzung nicht über vier Wochen erstreckt wird. Als erste Verlängerung oder Erstreckung gilt auch eine über einverständliches Begehren oder von amtswegen erfolgte.

Alle übrigen Bewilligungen oder Verweigerungen von Fristerweiterungen, Fristkürzungen oder Tagsatzungserstreckungen sind durch Recurs anfechtbar, dem bei Entscheidungen des Vorsitzenden der Antrag auf Abänderung durch den Gerichtshof vorangehen muss (§ 516). Doch hemmt der Recurs das weitere Verfahren nicht, wenn nicht auf Antrag diese Hemmung vom Gerichte ausgesprochen wird (§ 524). Auch die Bestimmung des § 11 Ges. v. 16. Mai 1874, Nr. 69 R. G.-Bl., dass bei der Abweisung eines Fristerstreckungsgesuches dem Fristwerber noch so viele Tage zu der befristeten Processhandlung zugute kommen, als zur Zeit der Ueberreichung des abgewiesenen Gesuches noch übrig waren, ist in das neue Gesetz nicht aufgenommen worden, verliert daher ihre Geltung gemäß Art. 1 Einf.-Ges., weil das Fristenwesen durch die Civilprocessordnung geregelt wird.

§ 142. Der Partei, welche zur Verlängerung einer Frist oder zur Erstreckung einer Tagsatzung Anlass gegeben hat, ist auf Antrag des Gegners der Ersatz der diesem hiedurch verursachten Kosten in dem vom Gerichte festzustellenden Betrage aufzuerlegen. Die Wiedererstattung dieser Kosten kann auch

Digitized by Google

dann nicht begehrt werden, wenn der Gegner in der Hauptsache zum Ersatze der Gerichtskosten verurtheilt wird.

Wird ein solcher Antrag auf Kostenersatz bei einer Tagsatzung gestellt, so ist über denselben unverweilt, nach Anhörung des anwesenden Gegners, zu entscheiden.

Wird eine Tagsatzung durch das Nichterscheinen beider Parteien vereitelt, so fällt jeder Partei die Hälfte der dadurch verursachten Kosten zur Last.

1. Die Bestimmung dieses Paragraphen ist eine Ausführung des im § 48 aufgestellten Grundsatzes. Bei Fristverlängerungen wird vielleicht ein lediglich dieser Verlängerung zuzuschreibender besonderer Aufwand auf Seiten des Gegners seltener vorkommen, ganz und gar ausgeschlossen ist er nicht. Einer Partei wird z. B. aufgetragen, eine Urkunde bei Gericht innerhalb dreier Tage zu hinterlegen, damit sie der Gegner daselbst einsehen könne (§ 181). In Erwartung der Erfüllung dieses Auftrages reist der Gegner an den Gerichtsort, erfährt aber dort, dass die Frist zur Urkundenvorlage um mehrere Tage verlängert worden. Da er seine Abwesenheit vom Hause nicht so lange ausdehnen kann, ist er genöthigt zurückzureisen und dann neuerlich sich an den Ort zu begeben, an welchem das Gericht seinen Sitz hat. Der Partei einen Anspruch wider den Erstreckungswerber auf Ersatz jenes Aufwandes zu geben, dafür sprechen alle Gründe, welche zur Anerkennung eines solchen Ersatzanspruches betreffs der durch Tagsatzungserstreckungen verursachten Kosten geführt. Die ratio ist in beiden Fällen die nämliche; der Entwurf stellt deshalb die durch Fristverlängerungen und Tagsatzungserstreckungen veranlassten Kosten einander gleich (Regierungsmotive, S. 230).

2. Zur Verlängerung einer Frist oder Erstreckung einer Tagsatzung hat im Regelfalle — jedoch nicht immer — jene Partei Anlass gegeben, welche um dieselbe ansucht (§§ 128, 134). Es sind Fälle möglich, dass die Veranlassung der Verlängerung oder Erstreckung in der Person oder Thätigkeit des Gegners der ansuchenden Partei zu suchen ist. So z. B. bei der Ueberreichung einer Klagsänderung (§ 235) während der Frist zur Beantwortung der Klage, bei Einbringung weiterer vorbereitender Schriftsätze vor der mündlichen Verhandlung (§ 258), welche eine neuerliche Vorbereitung nothwendig machen, beim Vorbringen neuer Behauptungen und Beweismittel in der mündlichen Verhandlung (§ 179), welche eine Erstreckung der Tagsatzung erfordern.

Auch bei amtswegigen Verlängerungen und Erstreckungen kann eine der Parteien den Anlass hiezu gegeben haben; so nach § 185 wenn die Verhandlung erstreckt werden muss, weil

Digitized by Google

die Partei einer verständlichen Aeußerung nicht fähig ist, nach § 37, wenn der Bevollmächtigte die Vollmacht nicht nachweisen kann.

3. Die Kosten können nur auf Antrag der Gegenpartei zugesprochen werden. Die Vorlage des Kostenverzeichnisses ersetzt diesen Antrag (§ 52). Die Entscheidung über den Kostenersatzanspruch kann sofort erfolgen und wenn bei einer Tagsatzung Ersatz begehrt wird, noch bei der nämlichen Tagsatzung. Die Verpflichtung zum Kostenersatze gründet sich hier auf einen besonderen Thatbestand, ist vom Ausgange der Hauptsache unabhängig, daher wird es der anspruchsberechtigten Partei überlassen sein, wann sie den Ersatz begehren will. Sie unter Androhung sonstigen Ausschlusses zu verhalten, den Ersatz alsbald, sogleich zu verlangen, scheint wenig gerechtfertigt, da die Frage, wer zur Tagsatzungserstreckung oder Fristverlängerung Anlass gegeben, durch das Verschieben der Entscheidung nicht dunkler und schwieriger wird.

Anders wäre es, wenn es sich um das Verschulden handeln würde, dessen Vorhandensein vielleicht später schwerer festzustellen wäre, als unmittelbar nach Eintritt der Erstreckung. Doch gilt selbstverständlich die allgemeine Vorschrift des § 54 auch für diesen Ersatzanspruch (Regierungsmotive, S. 230), wonach das Kostenverzeichnis vor Schluss der der Entscheidung über den Kostenersatzanspruch in der Hauptsache unmittelbar vorangehenden Verhandlung, wenn aber die Beschlussfassung ohne vorgängige Verhandlung erfolgen soll, bei der Einvernahme oder gleichzeitig mit dem der Beschlussfassung zu unterziehenden Antrage dem Gerichte zu übergeben ist. Die Entscheidung erfolgt durch jenen Richter oder Senat, der über die Erstreckung oder Verlängerung beschließt und ist durch Recurs anfechtbar.

4. Der letzte Absatz ist eine Consequenz der Vorschrift des § 40. Es handelt sich hier um den Ersatz der Kosten der gerichtlichen Amtshandlung bei Tagsatzungen außerhalb des Gerichtsgebäudes; denn es ist nicht abzusehen, welche Kosten den Parteien durch ihr Nichterscheinen erwachsen können. Der Anspruch auf Wiedererstattung dieser Kosten beim Obsiegen in der Hauptsache wird nach den allgemeinen Vorschriften zu beurtheilen sein.

§ 143. Die in diesem Titel dem Gerichte oder dem Vorsitzenden des Senates beigelegten Befugnisse stehen auch dem beauftragten oder ersuchten Richter in Ansehung der von demselben zu bestimmenden Fristen und Tagsatzungen zu.

Der Vorsitzende des Senates oder der beauftragte Richter hat auch über die einstweilige Zulassung eines Bevollmächtigten

Digitized by Google

(§ 38) bei vor ihm stattfindenden Verhandlungen zu entscheiden (§ 36 des E. des Gerichtsverfassungsgesetzes).

Vierter Titel: **Folgen der Versäumung, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.**

Folgen der Versäumung.

§ 144. Die Versäumung einer Processhandlung hat, unbeschadet der in diesem Gesetze für einzelne Fälle bestimmten weiteren Wirkungen, zur Folge, dass die Partei von der vorzunehmenden Processhandlung ausgeschlossen wird.

1. Die Versäumung einer Processhandlung (§ 26, Anm. 2) der Partei, von welcher hier allein die Rede ist und welcher die Versäumung ihres Bevollmächtigten (§ 39) und gesetzlichen Vertreters (§ 5) gleichsteht, liegt vor, wenn sie dieselbe in der zulässigen Zeit nicht vornimmt oder verweigert, mag die Unterlassung absichtlich oder unabsichtlich geschehen sein. Der Rechtsnachtheil des Ausschlusses (Präclusion) erscheint in viel weiterem Umfange als alle anderen Versäumnisfolgen gleichmäßig mit den verschiedenen Versäumungsfällen verbunden. Ueberall, wo dieser Nachtheil eintreten soll, neuerlich von ihm sprechen zu wollen, das würde weder Billigung finden noch billigenswert sein. Vielmehr dürfte es entsprechen, die gemeinsamen Bestimmungen herauszuheben und in den allgemeinen Theil des Gesetzes aufzunehmen. Der Entwurf beantragt deshalb dies in der Art zu thun, dass der Rechtsnachtheil des Ausschlusses mit Rücksicht auf dessen quantitatives Ueberwiegen als diejenige Versäumnisfolge erklärt werde, welche mangels anderweitiger Bestimmungen des Gesetzes überall einzutreten hat. Der Versäumungsfall ist sonach überhaupt nur mehr dort im Gesetze zu erwähnen, wo eine vom Präclusionsnachtheile verschiedene Versäumungsfolge statuiert werden soll (Regierungsmotive, S. 230).

2. Als weitere Wirkungen für einzelne Versäumungsfälle sind vom Gesetze bestimmt:

a) die Annahme eines Zugeständnisses nach § 254 im vorbereitenden Verfahren und nach § 396 im Contumazialverfahren,

b) die Annahme einer Genehmigung der Geständnisse und anderen thatsächlichen Erklärungen des Processbevollmächtigten nach § 34,

Digitized by Google

c) die Annahme der Echtheit einer Urkunde nach § 312,
d) die Annahme des Beweises des behaupteten Inhaltes nicht vorgelegter Handelsbücher nach Art. 37, H. G. B.,
e) die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens bei Versäumung der Tagfahrt durch die Rechtsnachfolger eines Verstorbenen (§ 156), bei der Nichtbestellung eines neuen Processbevollmächtigten im Anwaltsprocesse (§ 160),
f) die Annahme der Zustimmung zu einer Klageänderung nach § 235,
g) die Annahme der Zustimmung zur Aenderung der Berufungsanträge nach § 483,
h) der Verzicht auf die Rüge von Mängeln nach § 196,
i) Verlust des Kostenersatzanspruches nach § 54 u. s. w.

3. Auch das Princip der Präclusion von der Vornahme der versäumten Processhandlung ist nicht ohne Ausnahme.

So schließt der Ablauf der Frist zur Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten nach § 96, die Versäumung der Bestellung eines solchen durch Streitgenossen nach § 97 die nachträgliche Bestellung desselben nicht aus. So kann auch die Ablehnung eines Richters (§ 22 J. N.) oder eines Sachverständigen (§ 355) noch nach Beginn der Verhandlung oder der Beweisaufnahme erfolgen, wenn der Ablehnungsgrund der Partei erst später bekannt geworden ist.

§ 145. Einer Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumung bedarf es nur in den im Gesetze besonders bezeichneten Fällen. Diese Folgen treten von selbst ein, sofern nicht durch die Bestimmungen dieses Gesetzes ihr Eintritt von einem auf Verwirklichung der Rechtsnachtheile der Versäumung gerichteten Antrage abhängig gemacht ist.

Im letzteren Falle kann die versäumte Processhandlung, wenn für dieselbe eine Frist bestimmt war, bis zu dem Tage, an welchem der Antrag bei Gericht gestellt wurde, wenn aber die versäumte Processhandlung bei einer Tagsatzung vorzunehmen war, bis zum Schlusse der über den Antrag auf Verwirklichung der Versäumungsfolgen stattfindenden Verhandlung nachgeholt werden.

1. Weder die allgemeinen noch die besonderen Folgen der Versäumung brauchen vorher angedroht zu werden. Wo wichtigere Processchritte in Frage stehen, macht das Gesetz dem Gerichte einen Hinweis auf die eventuellen Versäumnisfolgen, eine Belehrung der Parteien über dieselben zur Pflicht. Um aber das Richteramt nicht allzusehr mit solchen Rechtsbelehrungen und Präventivacten zu überbürden, schien es angemessen, die Auswahl der Fälle, in welchen eine Androhung der Contumazialfolgen wünschenswert ist, nicht dem Richter zu überlassen,

Digitized by Google

sondern dieselben gleich von vornherein autoritativ im Gesetze zu bezeichnen (Regierungsmotive. S. 231).

a) Nach § 60 ist dem Kläger in dem Beschlusse, mit welchem dem Antrage auf Sicherheitsleistung für die Processkosten stattgegeben wird, zu eröffnen, dass im Falle fruchtlosen Ablaufes der Frist die Klage auf Antrag des Beklagten für zurückgenommen erklärt oder das Rechtsmittel als zurückgezogen angesehen würde.

b) Nach § 96 ist die zur Namhaftmachung eines Zustellungsbevollmächtigten aufgeforderte Partei, der die Erledigungen durch die Post nicht zugestellt werden dürfen, zu verständigen, dass die für sie bestimmten Schriftstücke fortan mit der Wirkung der erfolgten Zustellung bei Gericht würden hinterlegt werden.

c) Nach § 117 hat das Edict über die Bestellung eines Curators für Abwesende die Bemerkung zu enthalten, dass die Person, für welche der Curator bestellt wurde, bis zu ihrem eigenen Auftreten oder der Namhaftmachung eines Bevollmächtigten auf ihre Gefahr und Kosten durch den Curator vertreten werde.

d) Nach § 131 muss im Anwaltsprocesse die erste Ladung die Aufforderung enthalten, rechtzeitig einen Advocaten als Vertreter zu bestellen und den Parteien bekannt geben, welche Nachtheile das Gesetz mit der Nichtbestellung eines Advocaten und mit dem Versäumen der Tagsatzung verbindet.

e) Nach §§ 437, 438 ist den Parteien im Verfahren vor Bezirksgerichten bei Erledigung der Klage bekannt zu geben, welche Nachtheile das Gesetz mit dem Versäumen der Tagsatzung verbindet.

f) Bei Anordnung der Tagsatzung zur Verhandlung über den Antrag zur Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens ist den Parteien nach § 165 bekannt zu geben, welche Folgen das Gesetz mit dem Versäumen der Tagsatzung verbindet. Desgleichen sind die Parteien in den Beschlüssen zur Aufnahme des Verfahrens über die Folgen der Versäumung zu belehren.

g) Nach § 185 ist die einer verständlichen Aeußerung über den Gegenstand des Rechtsstreites nicht fähige Partei zu belehren, dass sie als ausgeblieben angesehen werden würde, wenn sie zur nächsten Tagsatzung ohne Bevollmächtigten erscheint.

h) Die Partei, welche wegen Störung der Verhandlung entfernt werden soll, ist nach § 198 zu erinnern, welche Folgen diese Maßregel hat.

Digitized by Google

i) Nach § 254 ist die im vorbereitenden Verfahren von einer Tagsatzung ausgebliebene Partei zur nächsten Tagsatzung mit der Belehrung zu laden, dass die thatsächlichen Behauptungen der Gegenpartei im Falle ihres Nichterscheinens für wahr zu halten sind und dass die Erklärungen über angebotene oder vorgelegte Beweismittel nicht mehr nachgeholt werden können.

k) Im Verfahren vor Bezirksgerichten hat der Richter rechtsunkundige und nicht durch Advocaten vertretene Parteien bei Verkündigung seiner Entscheidungen nach § 432 auf die Rechtsmittelfrist und auf die gesetzlichen Bestimmungen wegen Bestellung eines Advocaten im Rechtsmittelverfahren aufmerksam zu machen und letzteres gemäß § 447 in der Ausfertigung des Urtheiles zu wiederholen.

l) Im Bagatellverfahren ist die Partei gemäß § 452 bei der Verkündigung des Urtheiles und in der schriftlichen Ausfertigung desselben darauf aufmerksam zu machen, dass gegen dieses Urtheil die Berufung nur wegen Nichtigkeit ergriffen werden kann.

m) In den Zahlungsaufträgen im Mandats- (§ 550) und Wechselverfahren (§§ 557, 558) ist die Frist zur Erhebung der Einwendungen bekannt zu geben.

n) Die Erledigung gerichtlicher Aufkündigungen hat nach § 562, der Auftrag zur Uebergabe oder Uebernahme des Bestandgegenstandes nach § 567 die Frist zur Einbringung der Einwendungen zu enthalten.

o) Der Zahlungsbefehl im Mahnverfahren muss nach § 6 Ges. v. 27. April 1873, Nr. 67 R.-G.-Bl., dem Schuldner bekannt geben, dass er binnen 14 Tagen Widerspruch erheben könne.

2. Der Antrag auf Präclusion ist entweder mittels besonderen Schriftsatzes oder in der mündlichen Verhandlung zu stellen. Solche Anträge sind vorgeschrieben:

a) wegen Zurückweisung der Klage nach Ablauf der Frist zum Erlage der Klagscaution (§ 60),

b) zur Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens gegen die Rechtsnachfolger eines Verstorbenen (§ 156),

c) zur Erlassung eines Versäumnisurtheiles (§§ 396, 399, 398, 442).

Der Antrag auf Fortsetzung der Verhandlung ohne Rücksicht auf die innerhalb einer bestimmten Frist nicht durchgeführten Beweise (§§ 279, 283, 335) ist zwar gleichfalls vorgeschrieben, die Rechtsfolgen dieses Antrages sind jedoch andere

Digitized by Google

als die im § 145 gesetzten, indem diese Beweise auch nach Stellung des Antrages und nach Ablauf der Frist bei der fortgesetzten mündlichen Verhandlung benützt werden können.

3. Die Processhandlung, für welche eine Frist bestimmt war, kann nur bis zu dem Tage, an welchem der Präclusionsantrag gestellt wurde — wo ein solcher vorgeschrieben ist — nicht mehr an diesem Tage, nachgetragen werden, ohne Rücksicht darauf, ob sie vor oder nach diesem Antrage durch Ueberreichung oder Vornahme bei Gericht nachgeholt worden ist. War sie bei einer Tagsatzung vorzunehmen, so kann sie bis zum Schlusse (§ 133, Anm. 2) der Verhandlung nachgeholt werden.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ *146. Wenn eine Partei durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis am rechtzeitigen Erscheinen bei einer Tagsatzung oder an der rechtzeitigen Vornahme einer befristeten Processhandlung verhindert wurde, und die dadurch verursachte Versäumung für die Partei den Rechtsnachtheil des Ausschlusses von der vorzunehmenden Processhandlung zur Folge hatte, so ist dieser Partei, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen.*

Der Wiedereinsetzungsantrag kann nicht auf Umstände gestützt werden, die das Gericht bereits für unzureichend befunden hat, um daraufhin derselben Partei die Verlängerung der sodann versäumten Frist oder die Erstreckung der versäumten Tagsatzung zu bewilligen.

1. Im Processe nach dem Entwurfe engt sich die Anwendung der Wiedereinsetzung durch den Wegfall der Eventualmaxime von selbst ein; die Verhandlung — ob sie nun in einer oder in getrennten Tagsatzungen stattfindet — wird als ein Ganzes betrachtet (§ 193), jedes Vorbringen soll als ein rechtzeitiges gelten, das vor Schluss der Verhandlung über den zu entscheidenden Antrag gemacht wurde. Auf diese Art verschwinden demnach bisher besonders wichtige Fälle processualer Versäumung. Für eine andere Reihe von Fällen, in welchen auch nach dem Entwurfe wahre Versäumnis vorliegt, wird die Wiedereinsetzung überflüssig, weil der Entwurf beim Vorhandensein der Wiedereinsetzungsbedingungen oder ihnen an Gewicht gleichkommender Voraussetzungen ein unmittelbares Nachholen der versäumten Processhandlung gestattet. Hier verschwindet die Wiedereinsetzung im neuen Verfahren wenigstens formell als besondere Procedur. Materiell liegt Wiedereinsetzung vor, aber die Feststellung der Restitutions-

Digitized by Google

bedingungen und die Entscheidung über die Gestattung des Nachholens wird unmittelbar in die Verhandlung hineinverwiesen, auf welche sich die versäumte Processhandlung bezieht. Der Wiedereinsetzungsantrag ist hier aus Gründen der Zweckmäßigkeit zu einem gewöhnlichen Verhandlungsvorbringen erklärt, die Wiedereinsetzungsfrage zu einem Bestandtheile jener Verhandlung. Dem eigentlichen Wiedereinsetzungsverfahren gegenüber ist das Streben des Entwurfes vornehmlich dahin gerichtet, dasselbe auf die Fälle eines begründeten Bedürfnisses zu beschränken, die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung im Interesse der Vereinfachung und Abkürzung des Wiedereinsetzungsverfahrens an leicht erkennbare und leicht festzustellende Bedingungen zu knüpfen, den Missbrauch des Verfahrens zum Zwecke der Processverzögerung zu verhindern und daher insbesondere, wo immer thunlich, die Einbeziehung des Wiedereinsetzungsverfahrens in das Verfahren der Hauptsache zu fördern (Regierungsmotive, S. 232).

2. Die Wiedereinsetzung ist auf Versäumung von Fristen und Tagsatzungen beschränkt, wenn die Partei, deren gesetzlicher Vertreter (§ 5) oder Bevollmächtigter (§ 39) die versäumte Processhandlung nicht mehr unmittelbar nachholen kann, und von einer Wiedereinsetzung soll auch nicht die Rede sein, wenn es in der Macht der Partei gelegen ist, den Wiedereinsetzungsgrund noch vor Eintritt der Versäumung als Erstreckungsgrund geltend zu machen oder wenn sie dies vergeblich gethan hat (Regierungsmotive, S. 232).

3. Um die Schwierigkeiten zu mindern, welche dem Restitutionsverfahren gegenwärtig sowohl in Bezug auf die Verhandlung als Entscheidung aus der Schuldfrage erwachsen, verzichtet der Entwurf darauf, die Statthaftigkeit der Restitution unmittelbar auf die Schuldlosigkeit der Versäumung abzustellen und substituiert dem Mangel eines Verschuldens die mehr objectiven Kriterien, welche § 146 angibt (Regierungsmotive, S. 232). Es soll schon jedes u n v o r h e r g e s e h e n e Ereignis, das die Partei am rechtzeitigen Handeln verhindert, die Wiedereinsetzung rechtfertigen. Es kann die Partei nur die Pflicht haben, wegen voraussehbarer Abhaltungen zur rechten Zeit noch um eine Verlängerung der Frist oder Erstreckung der Tagsatzung anzusuchen. Eine positive Bemühung jedoch, um dem unvorhergesehenen Verlaufe der Thatsachen entgegenzuwirken, kann ihr nicht zugemuthet werden (Motive des Ausschusses, S. 27).

Das Ereignis muss aber auch u n a b w e n d b a r sein, worunter nur ein solches Hindernis verstanden werden kann, welches zufällig, d. h. ohne Schuld der Partei entstanden ist

Digitized by Google

und durch die Thätigkeit der Partei nicht beseitigt werden kann. Bei der Prüfung, ob ein solches Hindernis vorliegt, ist sonach zunächst dessen objective Beschaffenheit zu untersuchen. Ergibt sich daraus, dass trotz entsprechender Diligenz der Partei die Frist nicht hätte eingehalten werden können, so kommt es auf das Verhalten der Partei überhaupt nicht mehr an (Reichsgericht Leipzig, VIII, S. 375). Sonst ist Causalzusammenhang zwischen dem Ereignisse und der Verhinderung nothwendig, welcher fehlt, wenn die Partei nicht jede nach der Lage der Sache vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt behufs Einhaltung der Frist angewendet hat.

Freiheitsberaubung, Krankheit, Unterbrechung des Verkehrs, Versäumung des Eisenbahnzuges, entschuldbarer Irrthum betreffs des Gerichtes, vor welchem die Tagsatzung stattfindet, entschuldbarer Irrthum betreffs des Tages, an welchem Tagsatzung angeordnet ist (E. d. O. G. H. Nr. 12010) können solche Hindernisse sein. Auch in der Person des Advocaten sich ereignende Umstände können als Wiedereinsetzungsgrund geltend gemacht werden (Motive des Ausschusses, S. 27), doch müsste in diesem Falle der Partei das Ereignis unbekannt geblieben oder ihr so spät bekannt geworden sein, dass sie dasselbe nicht mehr — etwa durch Bestellung eines anderen Vertreters — abzuwenden in der Lage war (Friedländer, Gerichtszeitung 1896, Nr. 16).

4. Eine besondere Beachtung verdient die Versäumung, welche im Rechtsmittelverfahren durch verspätete Ertheilung des Armutszeugnisses, ungebürliche Verzögerung oder unbegründete Versagung des Armenrechtes herbeigeführt wird.

Nach § 89 Ger.-Verf-Ges. hat das Bezirksgericht, gegen dessen Urtheil eine arme Partei Berufung erheben will, wenn die Bedingungen des § 465, Abs. 2 nicht vorliegen, auf Antrag oder von amtswegen einen Beamten der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes mit der Abfassung der Berufungsschrift und deren rechtzeitiger Ueberreichung zu betrauen. Die Unterfertigung der Berufungsschrift durch diesen Beamten ersetzt die Unterschrift des Advocaten. Durch diese gesetzliche Bestimmung beschränkt sich obige Erörterung auf die Vertretung armer Parteien in Ehesachen.

Wenn eine das Armenrecht ansprechende Partei mit dem Gesuche um die Bewilligung des Armenrechtes über Gebür gezögert hat, wird dem Wiedereinsetzungsgesuche der Erfolg zu versagen sein (R. G. Leipzig XVII, S. 389). Liegt dagegen der Grund der Verzögerung in Hindernissen bei Prüfung und Erledigung des Gesuches, dann war das Ereignis für die Partei unabwendbar.

Digitized by Google

5. Der im § 146 angegebene Thatbestand des berechtigten Restitutionsbegehrens empfängt durch § 147 eine Ergänzung: das unvorhergesehene und unübersteigliche Hindernis, das sich dem rechtzeitigen Handeln entgegenstellt, muss erstens bis zum Ablaufe der Zeit fortbestanden und fortgewirkt haben, welche der Partei für ihr processuales Handeln eingeräumt war, und es muss ferner während der ganzen Zeit nicht bloß Hindernis für das eigentliche fällige processuale Handeln, sondern zugleich auch Hindernis für das Ansuchen um Fristverlängerung u. s. w. gewesen sein (Regierungsmotive, S. 232). Ebensowenig kann es aber der Partei erlaubt sein, einen Umstand nach Belieben als Erstreckungs- oder als Restitutionsgrund geltend zu machen, je nachdem das eine oder das andere ihrem Zwecke besser entspricht. Wenn sich noch vor Eintritt der Versäumung ein Hindernis des processualen Handelns einstellt, so muss dies ohne Aufschub zur Kenntnis des Gerichtes gebracht werden, damit die Begünstigung, welche die Partei infolge eines solchen Ereignisses beanspruchen kann, ihr in jener Form zutheil werde, die für den Gegner am unschädlichsten und für den Process am wenigsten belastend ist (Regierungsmotive, S. 232).

6. Die Wiedereinsetzung ist zu bewilligen, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

Die Wiedereinsetzung ist ausgeschlossen:

a) gegen die Versäumung der Frist zur Stellung des Wiedereinsetzungsantrages und gegen die Versäumung der Tagsatzung zur Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag (§ 151),

b) gegen die Versäumung der Frist zur Stellung des Antrages auf Berichtigung des Urtheilsthatbestandes (§ 420),

c) gegen die Versäumung der Frist zur Stellung des Antrages auf Ergänzung des Urtheiles (§ 423),

d) im Wechselverfahren zum Nachtheile der Partei, die im Hauptprocesse in gutem Glauben gehandelt und ihre wechselmäßigen Ansprüche an Dritte ganz oder zum Theile verloren hat (§ 556),

e) im Bestandverfahren gegen die Versäumung der Frist zur Anbringung von Einwendungen wider die Aufkündigung und wider den gerichtlichen Auftrag zur Uebernahme oder Uebergabe des Bestandgegenstandes (§ 571),

f) im Verfahren über Besitzstörungsklagen (§ 460),

g) im Executionsverfahren (§ 58 E. O.).

Digitized by Google

7. Gegen Urtheile, welche nach den bisherigen Processvorschriften verhandelt und entschieden wurden, findet die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach den bisher geltenden Processvorschriften statt (Art. LI, Einf.-Ges.).

§ 147. Der Antrag auf Bewilligung der Wiedereinsetzung ist ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen, solange die Partei die versäumte Processhandlung im Sinne des § 145, Absatz 2, unmittelbar nachholen kann

Wird von derselben Partei die Wiedereinsetzung gegen ein infolge Versäumung ergangenes Urtheil und die Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Frist zur Berufung wider dieses Urtheil beantragt, so ist das Verfahren über letzteren Wiedereinsetzungsantrag bis nach rechtskräftiger Entscheidung über das erstere Wiedereinsetzungsbegehren aufzuschieben.

Dem Antrage auf Bewilligung der Wiedereinsetzung ist nicht stattzugeben, wenn die Partei wegen der zur Rechtfertigung des Wiedereinsetzungsantrages angeführten Behinderungen um Verlängerung der Frist oder Verlegung der Tagsatzung hätte einschreiten können, oder wenn diese Behinderungen bereits wieder zu einer Zeit weggefallen sind, da die Partei gemäß § 145, Absatz 2, die Processhandlung selbst noch hätte nachholen können.

1. Kann die versäumte Processhandlung nachgeholt werden (§ 145, Anm. 2), so ist der Wiedereinsetzungsantrag sofort, ohne weiteres Verfahren, zurückzuweisen. Eine Verhandlung und Entscheidung über ein Wiedereinsetzungsbegehren erscheint auch ohne Zweck, wenn die Wiedereinsetzung beantragt wird, um gegen ein Versäumungsurtheil Berufung einzulegen, gleichzeitig aber von derselben Partei die Restitution gegen dieses Urtheil selbst angestrebt wird. Es wird hier der Ausgang dieser Verhandlung abzuwarten sein (Regierungsmotive, S. 232). Es steht der Partei frei, die Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung (§ 396) mit der Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Nothfrist zur Berufung gegen ein deshalb erlassenes Versäumnisurtheil (§ 465) zu verbinden oder den Antrag nur in einer oder der anderen Richtung zu stellen. Werden aber beide Anträge gestellt, dann ist zunächst über den ersteren Antrag zu verhandeln und zu entscheiden. Wird diesem Antrage stattgegeben, so ist der weitere Antrag im Sinne des § 147 Abs. 1 sofort zurückzuweisen. Wird der Antrag abgewiesen, so ist nach Rechtskraft dieses Beschlusses über den weiteren Antrag zu verhandeln und zu entscheiden.

Die für Versäumungsurtheile festgestellten Grundsätze gelten in gleicher Weise bei Beschlüssen, welche nach mündlicher Ver-

Digitized by Google

handlung wegen Ausbleibens der Partei von der Tagsatzung gefällt worden sind.

2. Die Bestimmung des dritten Absatzes (§ 146, Anm. 5) ist bei Nothfristen, welche nicht erstreckt werden können, nicht anwendbar, desgleichen nicht bei richterlichen Fristen, deren Erstreckung unzulässig ist (§ 128). Der Antrag ist aber nicht sofort zurückzuweisen, sondern es ist die mündliche Verhandlung anzuordnen.

§ 148. Der Antrag auf Bewilligung der Wiedereinsetzung ist bei dem Gerichte anzubringen, bei welchem die versäumte Processhandlung vorzunehmen war.

Der Antrag muss, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt, innerhalb vierzehn Tagen gestellt werden. Diese Frist beginnt mit dem Tage, an welchem das Hindernis, welches die Versäumung verursachte, weggefallen ist; sie kann nicht verlängert werden.

Offenbar verspätet eingebrachte Anträge sind ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen.

1. Nachdem die Berufungs- (§§ 465, 468) und Revisionsschriften (§§ 505, 507), sowie die Recurse (§ 520) bei dem Gerichte erster Instanz einzubringen sind, wird auch der Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Rechtsmittelfristen bei dem Gerichte erster Instanz einzubringen sein. Dagegen ist der Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Frist zum Antrage auf Entscheidung durch das Berufungsgericht nach Aufhebung des erstrichterlichen Urtheiles (§ 478) und wegen Versäumung der Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgerichte (§ 486) bei dem Berufungsgerichte, der Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgerichte (§ 509) bei diesem anzubringen.

2. Die vierzehntägige Wiedereinsetzungsfrist ist im Wechsel- (§ 555) und Bestandverfahren (§ 575) auf 8 Tage herabgesetzt. Entscheidend ist, wann das Hindernis seine hindernde Wirkung auf die Vornahme der Processhandlung, bei versäumten Tagsatzungen eventuell seine hindernde Wirkung auf die Stellung des Wiedereinsetzungsantrages verloren hat. Der Tag, an welchem das Hindernis weggefallen ist, wird nach § 125 nicht mitgerechnet.

3. Ist der Wiedereinsetzungsantrag offenbar nach Ablauf der 14- resp. 8-tägigen Frist eingebracht, so ist er sofort zurückzuweisen, im Zweifel ist das vorgeschriebene Verfahren durch Anordnung einer Tagsatzung einzuleiten, gegen welche Verfügung nach § 130 ein Rechtsmittel abgesondert nicht zusteht.

Digitized by Google

§ 149. Die Partei, welche die Wiedereinsetzung beantragt, hat in dem bezüglichen Schriftsatze oder in dem den Schriftsatz ersetzenden Anbringen zu Protokoll alle den Wiedereinsetzungsantrag begründenden Umstände anzuführen und die Mittel zu ihrer Glaubhaftmachung anzugeben. Zugleich mit dem Antrage ist auch die versäumte Processhandlung selbst, oder bei Versäumung einer Tagsatzung dasjenige nachzuholen, was zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung seitens der säumigen Partei vorzubringen war.

Ueber den Antrag auf Bewilligung der Wiedereinsetzung hat das Gericht nach vorgängiger mündlicher Verhandlung durch Beschluss zu entscheiden.

1. Bezüglich des Schriftsatzes (§ 78) oder Protokolles (§ 74) gelten alle Vorschriften der §§ 74 ff. Die Umstände, welche den Wiedereinsetzungsantrag begründen, beschränken sich nicht auf die Thatsachen, welche nach § 146 die Versäumung rechtfertigen sollen, sondern umfassen auch den Zeitpunkt des Wegfalles des Hindernisses zur Begründung der Rechtzeitigkeit des Antrages einerseits und zum Nachweise des Abganges der im letzten Absatze des § 147 angeführten Ausschließungsgründe andererseits. Die zur Glaubhaftmachung (§ 274) dieser Umstände dienlichen Beweise sind anzubieten. Wegen eines Mangels in dieser Beziehung kann der Schriftsatz nicht zur Verbesserung (§ 84) rückgestellt werden, wohl aber, wenn die versäumte Processhandlung oder das zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung Vorzubringende nicht zugleich nachgeholt wird, weil durch diesen Mangel die ordnungsmäßige geschäftliche Behandlung (§ 150) des Antrages behindert wird.

2. Ueber den Wiedereinsetzungsantrag findet die mündliche Verhandlung vor demjenigen Gerichte und die Entscheidung durch dasjenige Gericht statt, bei dem der Antrag angebracht worden ist (§ 148, Anm. 1). Nur auf diese Weise ist es möglich, mit der Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der Berufungs- oder Revisionsverhandlung die im § 150 vorgesehene Verhandlung in der Hauptsache zu verbinden.

Die Bewilligung der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der ersten Tagsatzung steht dem Vorsitzenden des Senates oder dem beauftragten Richter zu (§ 36 des E. eines Gerichtsverfassungsgesetzes).

§ 150. Durch die Bewilligung der Wiedereinsetzung tritt der Rechtsstreit in die Lage zurück, in welcher er sich vor dem Eintritte der Versäumung befunden hat. Ein infolge der Ver-

Digitized by Google

säumung bereits erlassenes Urtheil ist bei Bewilligung der Wiedereinsetzung aufzuheben.

Wurde eine Tagsatzung versäumt, so kann schon bei der zur Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag anberaumten Tagsatzung das Verfahren über den Antrag auf Bewilligung der Wiedereinsetzung mit der Verhandlung, zu deren Vornahme die versäumte Tagsatzung bestimmt war, verbunden oder doch im Falle der Bewilligung des Wiedereinsetzungsantrages sogleich diese Verhandlung vorgenommen werden.

1. Wird die Wiedereinsetzung gegen eine Fristversäumung bewilligt, so ist über die gleichzeitig nachgeholte Processhandlung sofort die Verfügung zu treffen, die bei rechtzeitiger Vornahme derselben zu treffen gewesen wäre. In diesem Falle ist die Verbindung der Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag mit der Verhandlung in der Hauptsache unzulässig.

2. Wurde aber eine Tagsatzung versäumt, so kann die Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag mit der Verhandlung verbunden werden, zu deren Vornahme die versäumte Processhandlung bestimmt war. Letzteres erscheint vielleicht dem Gerichte mit Rücksicht auf den disparaten Charakter der Punkte, welche bei der einen und anderen Verhandlung zu erörtern sind, nicht nützlich und nicht angemessen. Für diese Fälle stellt es die weitere Bestimmung des § 150 (unmittelbare Anknüpfung der Verhandlung zur Hauptsache an die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag) in die Macht des Gerichtes, den mittels Anbringens eines Wiedereinsetzungsantrages etwa versuchten Verzögerungen entgegenzuwirken (Regierungsmotive, S. 233).

3. Ein bereits erlassenes Versäumnisurtheil ist aufzuheben. Dasselbe wird von jenen Beschlüssen gelten, welche eine Streitsache für die Instanz erledigen (§ 52).

§ 151. Wegen Versäumung der Frist zur Stellung des Wiedereinsetzungsantrages und wegen Versäumung der zur Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag anberaumten Tagsatzung findet eine Wiedereinsetzung nicht statt.

1. Die Frist zur Stellung des Wiedereinsetzungsantrages (§ 148) kann als Nothfrist (§ 128) nicht verlängert werden. Dagegen gelten für die Erstreckung der Tagsatzung zur Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag die allgemeinen Vorschriften der §§ 134 ff. Die Wiedereinsetzung wegen Versäumung dieser Tagsatzung oder Frist ist auch mit Zustimmung des Gegners nicht zulässig und ein diesbezüglicher Antrag ist sofort zu verwerfen, ohne eine mündliche Verhandlung darüber anzuordnen.

Digitized by Google

§ 152. Durch den Antrag auf Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird der Fortgang des Rechtsstreites nicht gehemmt. Das Gericht kann jedoch auf Antrag dessen einstweilige Unterbrechung anordnen, wenn dies unumgänglich nothwendig erscheint, um der voraussichtlich zu bewilligenden Wiedereinsetzung vollen Erfolg zu sichern, und wenn zugleich die Unterbrechung des Processes dem Gegner des Wiedereinsetzungswerbers einen erheblichen Nachtheil nicht zufügt.

Wird der Rechtsstreit zu dieser Zeit in einer höheren Instanz verhandelt, so ist dieselbe von der angeordneten einstweiligen Unterbrechung des Rechtsmittelverfahrens sofort zu verständigen.

Nach Erledigung des Wiedereinsetzungsantrages ist das unterbrochene Verfahren auf Antrag oder von amtswegen aufzunehmen.

1. Eine Unterbrechung des Verfahrens findet durch den Antrag auf Bewilligung der Wiedereinsetzung regelmäßig nicht statt, dessen Fortgang wird nicht gehemmt, insbesondere nicht durch Rechtsmittel gegen die Abweisung des Antrages. § 152 lässt deshalb auch eine Hemmung des Verfahrens wegen eines Wiedereinsetzungsbegehrens nur dort zu, wo dem Wiedereinsetzungsantrage voraussichtlich Folge gegeben werden muss und zugleich die Processunterbrechung dem Gegner einen erheblichen Nachtheil nicht zufügt (Regierungsmotive, S. 233). Für die Erheblichkeit des Nachtheiles bildet die Wahrscheinlichkeit seines Eintrittes den Maßstab; von einem erheblichen Nachtheile wird man nur sprechen können, wenn er im höheren Grade wahrscheinlich ist.

2. Der zweite Absatz hat den Zweck klarzustellen, dass die einstweilige Unterbrechung des Rechtsstreites auch in die höheren Instanzen hinüberwirkt, und um zu verhüten, dass der Rechtsstreit in zwei Instanzen zu gleicher Zeit verhandelt werde. Das höhere Gericht wird sofort das Rechtsmittelverfahren einstellen, wenn in der ersten Instanz die Wiedereinsetzung angesucht und die einstweilige Unterbrechung des Rechtsstreites angeordnet wurde (Motive des Ausschusses, S. 28). Der Fall ist nur möglich bei dem Antrage auf Bewilligung der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist zur Berufungs- und Revisions-Beantwortungsschrift oder zur Berufungs- oder Revisionsschrift in Fällen, in denen auch der Gegner ein Rechtsmittel ergriffen hat. In diesen Fällen wird eine Hemmung des Rechtsmittelverfahrens factisch immer eintreten müssen, weil die Acten zur Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag nothwendig sein werden und daher von der Rechtsmittelinstanz dem

Digitized by Google

Processgerichte rückgestellt werden müssen. Diese factische Hemmung ist aber mit der Unterbrechung des Verfahrens nicht zu verwechseln, da nur letztere gemäß § 163 den Fristenlauf aufhebt und erst nach Aufnahme des Verfahrens die volle Frist von neuem beginnen lässt.

§ 153. Gegen die Entscheidung, wodurch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewilligt wird, ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.

Gegen die Bewilligung des Wiedereinsetzungsantrages ist ein Rechtsmittel auch dann unzulässig, wenn der Antrag ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen war (§ 148). Der in Gegenwart beider Parteien verkündete Beschluss braucht daher gemäß § 426 den Parteien in schriftlicher Ausfertigung nicht zugestellt zu werden. Doch ist die Entscheidung über die Kosten anfechtbar und executionsfähig und muss daher den Parteien in schriftlicher Ausfertigung zukommen. Gegen die Abweisung des Wiedereinsetzungsantrages ist das Rechtsmittel des Recurses zulässig; dieser Beschluss ist daher dem Wiedereinsetzungswerber schriftlich auszufertigen und zuzustellen.

Für die Bewilligung der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der ersten Tagsatzung ist die Competenz des Vorsitzenden des Senates in Aussicht genommen.

§ 154. Der Partei, welche die Wiedereinsetzung beantragt hat, ist ohne Rücksicht darauf, ob dem Antrage stattgegeben wurde oder nicht, der Ersatz aller Kosten, welche dem Gegner durch die Versäumung und durch die Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag verursacht sind, sowie der Ersatz der Kosten des infolge der Wiedereinsetzung unwirksam gewordenen Verfahrens aufzuerlegen.

1. Dieser Paragraph ist ein besonderer Fall des im § 48 ausgesprochenen Grundsatzes. Die Kosten sind unabhängig vom Ausgange des Hauptprocesses und unabhängig vom Ausgange des Zwischenstrittes immer vom Wiedereinsetzungswerber dem Gegner zu ersetzen, sofern dieser nur das Kostenverzeichnis rechtzeitig eingelegt hat (§ 54). Der Gegner ist zur Wiedererstattung dieser Kosten selbst dann nicht verpflichtet, wenn er in der Hauptsache zum Ersatze der Gerichtskosten verurtheilt wird (§ 48).

Zuzusprechen sind dem Gegner die Processkosten (§ 41), die durch die Versäumung (Antrag auf Eintritt der Versäumungsfolgen), die Verhandlung und die Unwirksamkeit des Verfahrens in der Hauptsache — soweit diese reicht — verursacht worden sind. Bei dem Kostenzuspruche werden die allgemeinen Grundsätze anzuwenden sein, wonach nur die zur zweckentsprechen-

Digitized by Google

den Rechtsverfolgung nothwendigen Kosten zu ersetzen sind. Zu diesen gehören die Kosten der Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag dann nicht, wenn sie durch einen offenbar unbegründeten Widerspruch gegen ein offensichtlich und ohne Beweisführung begründetes Wiedereinsetzungsbegehren entstanden sind. Gegen den Kostenzuspruch ist der Recurs zulässig.

Fünfter Titel: **Unterbrechung und Ruhen des Verfahrens.**

Tod einer Partei.

§ 155. Durch den Tod einer Partei wird das Verfahren nur dann unterbrochen, wenn die verstorbene Partei weder durch einen Advocaten, noch durch eine andere von ihr mit Processvollmacht ausgestattete Person vertreten war.

Die Unterbrechung dauert bis zur Aufnahme des Verfahrens durch die Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei, oder wenn der Gegner früher die Bestellung eines Curators beantragt (§ 811 a. b. G.-B.), um wider diesen das Verfahren fortzusetzen, bis zur Aufnahme des Verfahrens durch den Curator.

Um die Aufnahme des Verfahrens durch die Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei zu bewirken, kann der Gegner bei dem Gerichte, bei welchem die Rechtssache zur Zeit des Todes der verstorbenen Partei anhängig war, auch die Ladung dieser Rechtsnachfolger beantragen. Zufolge eines solchen Antrages sind dieselben zur Aufnahme des Verfahrens und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache oder zur Fortführung dieser Verhandlung zu laden.

Die Zustellung dieser Ladung hat nach den Vorschriften der §§ 106 und 107 zu geschehen.

1. Unter Partei im Sinne des § 155 ist nur eine physische Person, welche Processpartei ist, in deren Namen der Process geführt wird, zu verstehen.

Das Aufhören einer juristischen Person ist nach § 158 zu beurtheilen, insofern dadurch die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters aufhört.

Die Rechtsfolgen des Todes des Bevollmächtigten sind im § 160, jene des Todes eines gesetzlichen Vertreters im § 158 geregelt; diese Personen sind daher im § 155 unter der „Partei“ nicht inbegriffen.

Durch den Tod eines Streitgenossen wird das Verfahren hinsichtlich aller Streitgenossen unterbrochen, weil nach § 127

Digitized by Google

die den einzelnen Streitgenossen zustehenden Fristen allen Streitgenossen zugute kommen, solange noch einem von ihnen die Frist offen steht, und weil nach § 163 mit dem Tode einer Partei jeder Fristenlauf aufgehoben wird.

Selbst durch die Zurücknahme der Klage gegen den verstorbenen Streitgenossen kann diese Wirkung seines Todes nicht behoben werden, weil nach § 237 die Zurücknahme der Klage durch einen dem Beklagten zuzustellenden Schriftsatz zu erfolgen hat, diese während der Unterbrechung vorgenommene Processhandlung aber nach § 163 der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung ist.

Durch die nach § 188 zulässige Trennung des Verfahrens kann jedoch bei gewöhnlichen Streitgenossenschaften die Wirkung der Unterbrechung auf den verstorbenen Streitgenossen beschränkt werden, was aber bei einer nothwendigen Streitgenossenschaft nach § 14 unzulässig erscheint. Diese Wirkung der Streitgenossenschaft gilt für alle Fälle der Unterbrechung des Verfahrens.

Der Nebenintervenient ist nur in den Fällen des § 20 und wenn er gemäß § 19 mit Zustimmung beider Theile in den Rechtsstreit als Partei eintritt, Processpartei, der Auctor dann, wenn er nach § 23 in den Rechtsstreit eintritt. Die Todeserklärung steht dem physischen Tode nicht gleich, weil für den Verschollenen nach § 116 ein Curator zu bestellen ist, er sohin durch diesen vertreten wird.

2. Die Processvollmacht sowohl im Anwaltsprocesse als im Parteienprocesse, mag sie einem Advocaten (§ 31) oder einer anderen Person (§ 33) ertheilt worden sein, wird nach § 35 durch den Tod des Vollmachtgebers nicht aufgehoben. Der Processbevollmächtigte kann ohne neue Vollmacht den Process fortführen. Voraussetzung ist, dass zur Zeit des Todes der Partei die Processvollmacht bestand. Fällt nach dem Tode der Partei der Processbevollmächtigte fort, so entfällt die Ausnahme von der Regel des § 155 und es tritt Unterbrechung des Verfahrens ein. Ist der gesetzliche Vertreter der Partei Advocat, so wird durch den Tod der Partei das Verfahren nicht unterbrochen, wohl aber, wenn der gesetzliche Vertreter nicht Advocat ist. In den Fällen des § 28 endlich, wo der Advocat sich selbst vertritt, ist die Ausnahmsbestimmung nicht anwendbar.

3. Durch den Tod wird das Verfahren unterbrochen; dasselbe dauert von der Erhebung der Klage bis zur Rechtskraft des Urtheiles oder bis zur Zustellung des einem weiteren Rechtszuge nicht mehr unterliegenden Urtheiles. Eines gerichtlichen Ausspruches über den Eintritt der Unterbrechung bedarf

Digitized by Google

es nicht, dieselbe tritt mit dem Momente des Todes von selbst ein, ohne Rücksicht darauf, ob dieser Umstand dem Gerichte und der Gegenpartei bekannt ist oder nicht.

4. Das durch den Tod einer Partei unterbrochene Verfahren kann nur durch einen Rechtsnachfolger von Todeswegen aufgenommen werden (Oberstes L. G. für Bayern, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 148), nicht aber durch solche, welche den Anspruch durch ein mit der Partei abgeschlossenes, unter Lebenden wirksames Geschäft von ihr erworben haben (O. L. G. Karlsruhe, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 147). Unter Rechtsnachfolger versteht das Gesetz hier nicht bloß Universalsuccessoren, sondern auch solche Singularsuccessoren, welche von Todeswegen in das Recht und die Pflicht des Vorgängers eintreten. Eine Beschränkung auf gewisse Arten der Sonderrechtsnachfolge, insbesondere ein Ausschluss der Fideicommissnachfolge ist nicht gerechtfertigt (R. G. Leipzig, XXVI, S. 141). Die Rechtsnachfolger, welche das Verfahren aufnehmen wollen, werden ihr diesbezügliches Recht nachzuweisen haben; die Form der Aufnahme wird durch § 164 bestimmt.

Das Recht der Nachlassgläubiger, nach § 811 a. b. G. B. die Bestellung eines Nachlasscurators zu verlangen, wird durch die Vorschrift des § 155 nicht alteriert. Durch das Einbringen von Erbserklärungen wird die Vertretungsbefugnis eines solchen Curators nicht berührt (Motive des Ausschusses, S. 28).

5. Der Processgegner, der die Ladung der Rechtsnachfolger beantragt, hat die Umstände, aus welchen sich die Rechtsnachfolge ergibt (Erbserklärung, Substitution) anzuführen und unter Beweis zu stellen. Einwendungen der geladenen Rechtsnachfolger, dass nicht alle (§ 550 a. b. G. B.) oder nicht die richtigen Rechtsnachfolger geladen sind, werden von den geladenen Rechtsnachfolgern geltend zu machen und nach dem Civilrechte zu beurtheilen sein. Bei der zu eigenen Handen (§ 106) zuzustellenden Ladung sind die Rechtsnachfolger gemäß § 165 zu belehren.

6. Die Vorschrift, dass beide Theile zu derselben Tagsatzung zur Verhandlung der Hauptsache oder zur Fortsetzung der Verhandlung zu laden sind, ist nur dann anwendbar, wenn die Rechtssache bereits zur mündlichen Verhandlung reif und die mündliche Verhandlung noch nicht geschlossen ist. In diesem Falle werden die Parteien auch über die Versäumungsfolgen nach §§ 396 oder 399 zu belehren sein. Andernfalls ist die Tagsatzung nur zur Verhandlung über das Aufnahmsgesuch anzuordnen.

Der Aufnahmsantrag ist regelmäßig bei dem Processgerichte erster Instanz anzubringen und von diesem zu ent-

Digitized by Google

scheiden, da mit Rücksicht auf den im Rechtsmittelverfahren geltenden Anwaltszwang in diesem das Verfahren durch den Tod der Partei nicht mehr unterbrochen wird. Die Ladung des für die verstorbene Partei bestellten Curators zur Verhandlung über die Aufnahme des Verfahrens ist unzulässig; in diesem Falle ist das Verfahren nach § 164 aufzunehmen.

§ 156. Erscheint keiner der geladenen Rechtsnachfolger, so ist das Verfahren bei genügender Bescheinigung der behaupteten Rechtsnachfolge auf Antrag des Gegners vom Gerichte durch Beschluss als von den Rechtsnachfolgern der verstorbenen Partei aufgenommen zu erklären.

Bei der Tagsatzung, in welcher der die Aufnahme des Verfahrens betreffende Beschluss verkündet wurde, kann gleich das Verfahren in der Hauptsache aufgenommen werden.

1. Der Entwurf lehnt es ab, hier die allgemeinen Grundsätze des Versäumungsverfahrens anzuwenden. Mit Rücksicht auf die Tragweite der über die Processaufnahme erfließenden Entscheidung — sie wirkt eventuell in dem seinerzeitigen Endurtheile gegen alle Nachlassinteressenten fort — soll die Aufnahme des Processes gegen die geladenen Rechtsnachfolger von der Bescheinigung (§ 274) der Rechtsnachfolge abhängig sein. Diese zum Schutze der Erben einer Partei gegebene Bestimmung wird jedoch nicht so verstanden und gehandhabt werden dürfen, dass dadurch etwa die Aufnahme eines Verfahrens gegen die Erben vor erledigter Nachlassabhandlung unmöglich wird. Zur Bescheinigung der Rechtsnachfolge wird der Nachweis genügen, dass die zu ladenden Personen zum Nachlasse der verstorbenen Partei als Erben eingeschritten sind, Erbserklärungen überreicht haben. Es werden demnach auch Personen, welche einander widersprechende Erbserklärungen angebracht, zugleich zur Aufnahme des Verfahrens geladen werden dürfen; für das in der Hauptsache ergehende Urtheil wird allerdings unter Umständen der volle Nachweis unbestrittener oder bereits festgestellter Rechtsnachfolge unerlässlich sein (Regierungsmotive, S. 234), in welchem Falle nach § 190 die Unterbrechung des Verfahrens angeordnet werden kann.

2. Die Aufnahme des Verfahrens in der Hauptsache ist von der Rechtskraft des Beschlusses unabhängig (§ 157). Wird das Verfahren in der Hauptsache nicht in der Tagsatzung aufgenommen, so ist in dem Beschlusse der Zeitpunkt der Aufnahme anzugeben (§ 166).

§ 157. Wenn die geladenen Rechtsnachfolger oder einzelne derselben bei der Tagsatzung erscheinen und die Verpflichtung, in den Process einzutreten, bestreiten, hat das Gericht hierüber

Digitized by Google

nach mündlicher Verhandlung zu entscheiden. Falls das Gericht im Sinne einer Verpflichtung zur Aufnahme des Verfahrens entscheidet, kann nach Verkündigung dieser Entscheidung in der nämlichen Tagsatzung nach Lage der Sache das Verfahren in der Hauptsache aufgenommen oder fortgesetzt werden. Dies hat insbesondere zu gelten, wenn ein Recurs gegen den verkündeten Beschluss voraussichtlich ohne Erfolg bleiben dürfte.

1. Die Entscheidung hat durch Beschluss zu erfolgen. Sie ist auch dann nothwendig, wenn die als Rechtsnachfolger geladenen Personen die Verpflichtung, in den Process einzutreten, nicht bestreiten. Denn wenn die Bescheinigung der Rechtsnachfolge nach § 156 auch dann gefordert wird, wenn die geladenen Personen nicht erscheinen, so will das Gesetz das Verfahren nur gegen die wirklichen Rechtsnachfolger aufgenommen wissen, die Prüfung der diesbezüglichen Behauptungen niemals ausschließen, wie ja die Glaubhaftmachung des Erlöschens des Unterbrechungsgrundes im § 164 für alle Fälle vorgeschrieben ist.

2. Das Verfahren in der Hauptsache darf in der nämlichen Tagsatzung nur dann aufgenommen werden, wenn die Ladung auch zur Verhandlung in der Hauptsache erfolgt ist und die Rechtsfolgen des Ausbleibens bekannt gegeben worden sind. Die Entscheidung über die Rechtsnachfolge ist für das Endurtheil nicht bindend, da hier nur Bescheinigung, dort Beweis, nothwendig ist. Wird das Verfahren in der Hauptsache in derselben Tagsatzung nicht aufgenommen, so ist in dem Beschlusse der Zeitpunkt festzusetzen, mit welchem das Verfahren für aufgenommen zu gelten hat.

Verlust der Processfähigkeit, Wechsel in der Person des gesetzlichen Vertreters.

§ 158. Wenn eine Partei die Processfähigkeit verliert, oder wenn der gesetzliche Vertreter einer Partei stirbt oder dessen Vertretungsbefugnis aufhört, ohne dass die Partei processfähig geworden ist, wird das Verfahren nur dann unterbrochen, wenn die von diesen Veränderungen betroffene Partei weder durch einen Advocaten, noch durch eine andere mit Processvollmacht ausgestattete Person vertreten ist.

Die Unterbrechung dauert in diesen Fällen so lange, bis der gesetzliche Vertreter oder der neue gesetzliche Vertreter von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht und das Verfahren aufnimmt.

Um eine solche Aufnahme zu bewirken, kann auch der Gegner die Ladung des gesetzlichen Vertreters der processunfähig gewordenen Partei oder des neuen gesetzlichen Vertreters beantragen.

Digitized by Google

1. Ueber den Mangel der Processfähigkeit sind die Bestimmungen im § 7 enthalten. Die Processfähigkeit als Ausfluss der Handlungsfähigkeit geht verloren durch die gerichtliche Wahnsinnigkeits- oder Blödsinnigkeitserklärung oder durch die Prodigalitätserklärung (§ 273 a. b. G. B.). Hat die gerichtliche Entmündigung noch nicht stattgefunden, so ist Geisteskrankheit oder Verschwendung kein Grund zur Unterbrechung des Verfahrens.

2. Durch den Tod oder den Verlust der Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters (§ 4) tritt eine Unterbrechung des Verfahrens nur dann ein, wenn dadurch eine Aenderung in der gesetzlichen Vertretung der processunfähigen Partei bewirkt wird. Stirbt nur einer der mehreren gesetzlichen Vertreter, welche auch nach dem Wegfalle desselben zur Vertretung befugt bleiben, so findet eine Unterbrechung des Verfahrens nicht statt. Fälle des Verlustes der Vertretungsbefugnis sind die Entlassung, Entsetzung, Verlust der Processfähigkeit, bei Handelsgesellschaften die Liquidation, wenn die Liquidatoren von den gesetzlichen Vertretern verschiedene Personen sind. Die Unterbrechung erfolgt mit dem Eintritt des Todes oder dem Aufhören der Vertretungsbefugnis kraft gesetzlicher Bestimmung ohne Rücksicht darauf, ob das Gericht oder die Gegenpartei davon Kenntnis erlangt hat, jedoch nur dann, wenn kein Processbevollmächtigter besteht (§ 155, Anm. 2) und wenn die Partei nicht processfähig geworden ist.

3. Der Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens geht in diesem Falle eine mündliche Verhandlung nicht voraus. Die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens kann entweder durch die processfähig gewordene Partei oder deren neuen Vertreter oder durch den Gegner dieser Partei erfolgen. Dieselbe erfolgt nach § 164 durch einen Schriftsatz, in welchem das Erlöschen des Unterbrechungsgrundes glaubhaft zu machen ist. Eine Einvernehmung des Gegners kann das Gericht immer anordnen, wenn es über das Erlöschen des Unterbrechungsgrundes im Zweifel ist (Regierungsmotive, S. 235). Für den neu eintretenden gesetzlichen Vertreter genügt jedoch ein Bescheinigen der Vertretungsbefugnis nicht; er muss nach § 4 seine Vertretungsbefugnis, soweit sie nicht bei Gericht offenkundig ist, bei dieser seiner ersten Processhandlung urkundlich nachweisen und das Gericht hat dieselbe von amtswegen zu prüfen. Der Gegner der processunfähigen Partei braucht in dringenden Fällen die Bestellung des gesetzlichen Vertreters auch nicht abzuwarten, sondern kann nach § 8 die Bestellung eines Curators beantragen.

Bei Erledigung des Antrages auf Aufnahme des Verfahrens ist der Zeitpunkt der Aufnahme zu bestimmen. Die für die

Digitized by Google

einzelne in Frage stehende Processhandlung für den Fall der Versäumung angedrohten Rechtsfolgen sind immer bei der Erledigung des Antrages der Partei bekannt zu geben (§ 165).

Concurseröffnung.

§ 159. Inwiefern bei Eröffnung des Concurses über das Vermögen einer Partei eine Unterbrechung des Verfahrens eintritt, wird durch die Concursordnung bestimmt.

1. Nach Art. VII des E. G. zur J. N. bleiben die Vorschriften der Concursordnung in Wirksamkeit, inwiefern Klagen beim Concursgerichte zu erheben sind, inwieweit die Zuständigkeit des Concursgerichtes eine ausschließliche ist und in welchen Fällen ein durch die Concurseröffnung unterbrochenes anhängiges Verfahren bei dem Concursgerichte wieder aufzunehmen ist.

Nach § 7. C. O. muss bei Ansprüchen, welche der Anmeldung im Concurse unterliegen, das schon vor der Concurseröffnung in erster Instanz anhängige Verfahren, selbst wenn die Rechtssache bereits zum Spruche reif ist, zum Behufe der Anmeldung im Concurse unterbrochen werden.

Wird die Forderung bei der Anmeldung bestritten, so ist das Verfahren bei dem Concursgerichte wieder aufzunehmen.

Ist in der Rechtssache schon vor der Concurseröffnung in erster Instanz eine Entscheidung in der Hauptsache ergangen, so wird durch die Concurseröffnung die Zuständigkeit des Processgerichtes nicht berührt. Eine Unterbrechung des Verfahrens findet nur insoweit statt, als dies nach den Bestimmungen der Gerichtsordnung erforderlich ist, damit an die Stelle des Gemeinschuldners die Gläubigerschaft oder, nach erfolgter Prüfung der Anmeldung des Anspruches im Concurse, diejenigen Gläubiger, welche die Richtigkeit desselben bestritten haben, in den Process eintreten können.

Nach § 10 C. O. ist die Gläubigerschaft befugt, in Ansehung der zur Zeit der Concurseröffnung anhängigen Rechtssachen, bei welchem der Gemeinschuldner aus einem vermögensrechtlichen Grunde als Kläger auftritt, an die Stelle des Gemeinschuldners in den Process einzutreten.

Die weiteren Bestimmungen dieser beiden Paragraphe über die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens und über die Wirkungen der Unterbrechung sind durch die Bestimmungen der §§ 163, 164 aufgehoben. Nur bezüglich der Fristen für Rechtsmittel und Einwendungen besteht die Bestimmung des § 7, dass dieselben vom Zeitpunkte der Concurseröffnung neu zu laufen beginnen. Auch die Vorschrift des § 134 C. O. erscheint insofern abgeändert, als das Verfahren wohl bei dem Concursgerichte fortzusetzen, der Antrag aber gemäß § 165 bei

Digitized by Google

jenem Gerichte zu stellen ist, bei dem die Rechtssache zur Zeit der Unterbrechung anhängig war, welches sohin den Antrag sammt den Acten dem Concursgerichte abzutreten haben wird.

2. Wird über die Verlassenschaft einer Processpartei der Concurs eröffnet, so kommen die Vorschriften des § 159 und nicht jene des § 158 zur Anwendung. Die Rechtsfolgen der Versäumung der ausstehenden Processhandlung sind nach § 165 auch bei der Aufnahme einer durch die Eröffnung des Concurses unterbrochenen Verhandlung den Parteien bekannt zu geben.

Wechsel in der Person des Advocaten.

§ 160. Wenn der Advocat einer Partei stirbt oder unfähig wird, die Vertretung der Partei fortzuführen, tritt insoweit, als die Vertretung durch Advocaten gesetzlich geboten ist, eine Unterbrechung des Verfahrens ein, bis ein anderer Advocat von der Partei bestellt und von diesem Advocaten seine Bestellung unter gleichzeitiger Aufnahme des Verfahrens dem Gegner angezeigt wird.

Um die Aufnahme des Verfahrens zu bewirken, kann auch der Partei, welche einen neuen Vertreter zu bestellen hat, auf Antrag ihres Gegners vom Gerichte aufgetragen werden, diese Bestellung binnen einer ihr gleichzeitig zu bestimmenden Frist vorzunehmen. Dieser Antrag ist bei dem Gerichte anzubringen, bei welchem die Rechtssache zur Zeit des Todes des Advocaten oder des Eintrittes seiner Unfähigkeit zur ferneren Vertretung anhängig war. Wird der neue Vertreter nicht innerhalb der festgesetzten Frist dem Gerichte unter Vorlegung der Vollmacht bekannt gegeben, so ist mit Ablauf der Frist das Verfahren als aufgenommen anzusehen, und es treffen die mit der Anzeige säumige Partei von da an alle Rechtsnachtheile, welche dieses Gesetz mit der Nichtbestellung eines Advocaten in den Fällen des Anwaltsprocesses verbindet. In Bezug auf die von der säumigen Partei nach Ablauf der Frist überreichten Schriftsätze hat die Vorschrift des § 37, Abs. 2, sinngemäß zur Anwendung zu kommen.

Im Verfahren vor Gerichtshöfen ist zur Erlassung des Auftrages zur Bestellung eines neuen Advocaten der Vorsitzende des Senates berufen, welchem die Rechtssache zugewiesen ist.

1. Eine besondere Vorkehrung ist für den Fall erforderlich, wenn die Unterbrechung durch das Wegfallen eines als Processbevollmächtigten bestellten Advocaten, der nicht bereits auf Grund seiner Vollmacht einen Substituten bestellt hatte, verursacht wurde (Motive der Regierungsvorlage v. J. 1881, S. 65). Der § 160 handelt von den Fällen, in welchen der eine Partei

Digitized by Google

vertretende Anwalt stirbt oder unfähig wird, die Vertretung fortzuführen. Die factische Verhinderung ist aber keine Unfähigkeit, die Vertretung der Partei fortzuführen. Diese ist rechtlicher Natur und besteht in dem, sei es dauernden, sei es zeitweiligen Aufhören der rechtlichen Befugnis des Advocaten als solcher zu fungieren (Hanseatisches O. L. G., Fuchsberger, S. 326).

Die Berechtigung zur Ausübung der Advocatur erlischt nach § 34 Adv.-O.

a) durch den Verlust des Heimatsrechtes oder der Eigenberechtigung;
b) mit der Führung eines besoldeten Staatsamtes mit Ausnahme des Lehramtes, mit der Ausübung des Notariates oder dem Betriebe solcher Beschäftigungen, welche dem Ansehen des Advocatenstandes zuwiderlaufen;
c) durch eine strafgerichtliche Verurtheilung nach Maßgabe des Strafgesetzes;
d) durch die Verzichtleistung des Advocaten.

Als Disciplinarstrafe kann die Einstellung der Ausübung der Advocatur auf die Dauer von längstens einem Jahre oder die Streichung von der Liste nach § 12 Ges. v. 1. April 1872, Nr. 40 R.-G.-Bl. verhängt werden.

Außerdem kann der Disciplinarrath nach § 17 dieses Gesetzes, wenn gegen einen Advocaten eine strafgerichtliche Untersuchung eingeleitet oder die Untersuchungshaft verhängt wird, die Einstellung der Ausübung der Advocatur beschließen.

Die Unterbrechung des Verfahrens tritt mit der bloßen Thatsache des Todes des Anwaltes oder seiner Unfähigkeit zur Fortführung der Vertretung der Partei ein, ohne dass das Gericht oder der Gegner hievon Kenntnis zu haben braucht (R. G. zu Leipzig, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 149), also mit der Streichung von der Liste oder der Rechtskraft des Disciplinarerkenntnisses.

2. Eine Unterbrechung des Verfahrens durch den Wegfall des Processbevollmächtigten tritt nicht ein: im Parteienprocesse; im Anwaltsprocesse, wenn sich der Advocat selbst vertritt (§ 28), bei Kündigung oder Widerruf der Vollmacht, wenn eine Partei durch mehrere Advocaten vertreten wird, so lange noch einer derselben bleibt, endlich wenn der Advocat noch keine Processhandlung vorgenommen hat und seine Bestellung als Processbevollmächtigter dem Gerichte noch nicht angezeigt worden ist.

3. Die Unterbrechung dauert bis zur Anzeige an den Gegner von der Bestellung des neuen Processbevollmächtigten, welche mit der Aufnahme des Verfahrens im Sinne des § 164

Digitized by Google

verbunden sein muss und wobei gemäß § 30 die Processvollmacht vorzulegen ist. Bei Erledigung des Aufnahmeantrages sind die Parteien nach § 165 auf die Rechtsfolgen der Versäumung der vorzunehmenden Processhandlung aufmerksam zu machen.

4. Der Gegner kann die Partei, in deren Person die Unterbrechung begründet ist, zur Bestellung des neuen Processbevollmächtigten durch das Gericht auffordern lassen, welches über diesen Antrag ohne vorherige mündliche Verhandlung (§ 165) der säumigen Partei eine Frist zu bestimmen und ihr die Folgen der Versäumung dieser Frist bekannt zu geben hat. Es sind dies alle Folgen, welche das Gesetz mit der Nichtbestellung eines Advocaten im Anwaltsprocesse verbindet (§ 131). Also nach § 133 die Folgen des Ausbleibens, wenn die Partei bei einer Tagsatzung ohne Advocaten erscheint, nach § 37 die Zurückweisung der Klagebeantwortungsschrift, welche den Nachweis der Bestellung eines Advocaten nicht enthält, nach § 84 die Zurückstellung eines nicht von einem Advocaten gefertigten Schriftsatzes zur Verbesserung dieses Formgebrechens, nach § 163 der Beginn des Laufes der durch die Unterbrechung aufgehobenen Frist.

Nachdem mit dem Ablaufe der Frist die Wirkungen der Unterbrechung aufhören, kann das Verfahren mit diesem Zeitpunkte von jeder der beiden Processparteien fortgesetzt werden und es ist auch eine Anzeige der erfolgten Processbevollmächtigung nach Ablauf der Frist zulässig.

Einstellung der Amtsthätigkeit des Gerichtes.

§ *161. Hört infolge eines Krieges oder eines anderen Ereignisses die Thätigkeit eines Gerichtes auf, so wird das Verfahren in allen bei diesem Gerichte anhängigen Rechtssachen für die Dauer jenes Zustandes unterbrochen.*

Nach Wegfall des Hindernisses kann jede der beiden Parteien die Aufnahme des Verfahrens erwirken.

1. Voraussetzung der Unterbrechung ist das thatsächliche Aufhören der Gesammtthätigkeit des Gerichtes und es tritt die Unterbrechung mit dem Zeitpunkte des Aufhörens der Thätigkeit von selbst ein. Communicationsstörungen als Folge von Naturereignissen (Ueberschwemmungen) fallen nicht unter § 161, sondern unter § 162. Der Zustand dauert nicht nur bis zum Wegfalle des Hindernisses, sondern bis zum thatsächlichen Wiederbeginne der Gesammtthätigkeit des Gerichtes.

Die Aufnahme des Verfahrens geschieht nach Vorschrift der §§ 164, 165, der Zeitpunkt der Aufnahme ist nach § 166 zu bestimmen und es sind den Parteien in Erledigung des

Digitized by Google

Aufnahmeantrages die Rechtsfolgen der Versäumung der vorzunehmenden Processhandlung anzukündigen.

Zufällige Verhinderung einer Partei.

§ 162. Wenn sich eine Partei zu Kriegszeiten im Militärdienste befindet, oder wenn sie sich an einem Orte aufhält, der durch obrigkeitliche Anordnung, durch Krieg oder durch andere Ereignisse von dem Verkehre mit dem Gerichte abgeschnitten ist, bei welchem die Rechtssache anhängig ist, und wenn zugleich die Besorgnis besteht, dass diese Umstände die Processführung zu Ungunsten der abwesenden Partei beeinflussen könnten, so kann selbst in dem Falle, dass die abwesende Partei durch eine mit Processvollmacht ausgestattete Person vertreten ist, auf Antrag oder von amtswegen die Unterbrechung des Verfahrens bis zur Beseitigung des Hindernisses angeordnet werden.

Ein darauf gerichteter Antrag ist bei dem Gerichte anzubringen, bei welchem die Rechtssache anhängig ist; er kann auch zu Protokoll erklärt werden. Die Entscheidung erfolgt ohne vorhergehende mündliche Verhandlung; das Gericht kann jedoch vor der Entscheidung die zur Aufklärung nothwendigen Erhebungen einleiten.

Die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens kann von jeder der Parteien erwirkt werden.

1. Die Unterbrechung des Verfahrens durch zufällige Verhinderung der Partei unterscheidet sich von den übrigen Fällen der Unterbrechung dadurch, dass sie nicht von selbst mit dem Hindernisse eintritt, sondern vom Gerichte auf Antrag oder von amtswegen nach freiem Ermessen ausgesprochen werden kann. Voraussetzung dieses Beschlusses ist, dass die Partei durch ihre militärischen Dienstpflichen oder durch andere den Ort ihres Aufenthaltes — nicht sie allein — treffende Ereignisse, zwingend behindert ist, bei dem Processgerichte zu erscheinen, und dass diese Umstände die Processführung zu ihren Ungunsten auch nur beeinflussen könnten.

Die nach Wegfall des Hindernisses jeder Partei freistehende Aufnahme des Verfahrens richtet sich nach §§ 164, 165, die Ankündigung der Versäumungsfolgen nach § 165, der Zeitpunkt der Aufnahme nach § 166.

Wirkung der Unterbrechung.

§ 163. Die Unterbrechung des Verfahrens hat die Wirkung, dass während der Dauer der Unterbrechung Ladungen zur Verhandlung der Streitsache nicht erfolgen können, die etwa schon früher für die Zeit nach Eintritt der Unterbrechung ergangenen Ladungen ihre Wirksamkeit verlieren und endlich der Lauf einer jeden Frist zur Vornahme einer Processhandlung aufhört. Mit

Digitized by Google

Aufnahme des Verfahrens beginnt die volle Frist von neuem zu laufen.

Die während der Unterbrechung von einer Partei in Ansehung der anhängigen Streitsache vorgenommenen Processhandlungen sind der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung.

Durch die nach dem Schlusse einer mündlichen Verhandlung eintretende Unterbrechung wird die Verkündung der auf Grund dieser Verhandlung zu erlassenden Entscheidung nicht gehindert.

1. Wird eine Partei von einem der früher genannten Behinderungsgründe getroffen, so hat dies nach dem Entwurfe die Unterbrechung des Verfahrens zur Folge, einen Processstillstand bis zur Behebung des Hindernisses der Verhandlungsfortsetzung. Das ist die nothwendige Consequenz dessen, dass der Behinderungsgrund zunächst die unmittelbar davon berührte Partei — für immer oder für einige Zeit — zu wirksamen Processhandlungen unfähig macht und dies wieder weiterhin vermöge der Zweiseitigkeit des Processverhältnisses auch ein processuales Handeln der nicht behinderten Partei einstweilen ausschließt. Der Stillstand beginnt mit dem Eintritte des behindernden Ereignisses. Er ist von Anfang an ein ausnahmsloser. Dies gilt insbesondere auch für Situationen processualer Pendenz, für gerade laufende Fristen, Ladungen zu Tagsatzungen u. s. w. Der Stillstand wirkt nach Seiten beider Parteien gleich unbedingt. Nur die Urtheilsfällung über eine schon früher beendigte Verhandlung wurde seinem Einflusse entzogen, da er sich auf einen vorhandenen Mangel processualer Actionsfähigkeit gründet, letzterer aber für einen Fall rein richterlicher Thätigkeit nicht in Betracht kommt. Doch wird das verkündete Urtheil nicht rechtskräftig, denn so lange die Unterbrechung dauert, kann die Berufungsfrist ihren Lauf nicht anheben (Regierungsmotive, S. 234).

2. Die Wirkungen treten für jede Unterbrechung, mag sie auf Grund der Vorschriften dieses Titels oder anderer Bestimmungen (§ 167) erfolgen, ein. Die der Unterbrechung vorangegangenen Processhandlungen werden nicht berührt, die bis zur Unterbrechung bereits abgelaufenen Fristen beginnen nicht von neuem. Die Unterbrechung hat das Aufhören des Laufes jeder für die Processhandlungen der Parteien vorgeschriebenen gesetzlichen und richterlichen Friste einschließlich der Nothfristen zur Folge. Mit der Aufnahme des Verfahrens, deren Zeitpunkt nach § 166 festzusetzen ist, beginnt die volle Frist von neuem, während richterliche Fristen, deren Endpunkt mit dem Kalendertage bestimmt war, gemäß § 164 neuerlich zu bestimmen sind.

Digitized by Google

3. Nur die in Ansehung der anhängigen Streitsache vorgenommenen Processhandlungen sind wirkungslos, nicht auch jene Processhandlungen, welche die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens bezwecken. Auch jene Processhandlungen, welche vor der Streitanhängigkeit (§ 232) erfolgen können (Bestellung eines Processbevollmächtigten, eines Zustellungsbevollmächtigten, Anzeige der Aenderung des Wohnsitzes, Gesuche um Ertheilung des Armenrechtes) dürfen rechtswirksam vorgenommen werden.

Die Unwirksamkeit der Processhandlungen kann nur von der anderen Partei geltend gemacht werden, nicht von der handelnden Partei. Hat das Gericht in Unkenntnis der Unterbrechung während derselben Ladungen erlassen, Zeugen und Sachverständige vernommen, Fristen gegeben, so kann jede der Parteien die Unwirksamkeit derselben geltend machen. Die Parteien können jedoch auf die Wirkungen der Unterbrechung verzichten und es liegt in der Unterlassung der Rüge (§ 196) der Verzicht auf die Geltendmachung der Unwirksamkeit. Urtheile, welche während der Unterbrechung des Verfahrens erlassen worden sind, können nur im Wege der Berufung oder Revision angefochten werden, eine Behebung derselben durch das erkennende Gericht ist unzulässig.

4. Die Verkündigung des Urtheiles nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung kann nur in jenen Fällen erfolgen, in welchen gesetzlich nichts anderes vorgeschrieben ist.

Unzulässig ist die Urtheilsverkündigung in den Fällen der §§ 190, 191, wenn die Entscheidung des Rechtsstreites von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreites oder Verwaltungsstreites ist, oder wenn eine strafbare Handlung vorerst zu ermitteln oder abzuurtheilen ist. Ferner ist die Urtheilsverkündigung unzulässig bei der Unterbrechung des Berufungsverfahrens infolge einer Wiederaufnahmsklage (§§ 544, 545), bei der Einstellung des gerichtlichen Verfahrens über einen bejahenden Competenzconflict (Ges. v. 18. April 1869, Nr. 44 R.-G.-Bl.), bei der Unterbrechung des Verfahrens infolge Ersuchens des Strafgerichtes in Wucherfällen (§ 11 Ges. v. 28 Mai 1881, Nr. 47 R.-G.-Bl.), bei der Unterbrechung des Verfahrens wegen Eröffnung des Concurses (§ 7 C. O.).

Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens.

§ 164. Die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens wird, soferne in den vorstehenden Bestimmungen nichts anderes angeordnet ist, durch den Antrag auf Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung oder zur Fortsetzung der

Digitized by Google

mündlichen Verhandlung, wenn aber die Unterbrechung während des Laufes einer Frist zur Vornahme einer Processhandlung eintrat, durch den Antrag auf neuerliche Bestimmung einer Frist für diese Processhandlung eingeleitet. Das Erlöschen des Unterbrechungsgrundes ist glaubhaft zu machen. Diese Bestimmungen gelten insbesondere auch, wenn wegen des Todes einer Partei im Sinne des § 811 a. b. G.-B. oder aus anderen Gründen für deren Verlassenschaft ein Curator bestellt worden ist; die Aufnahme kann nicht bloß vom Curator, sondern auch vom Gegner der verstorbenen Partei beantragt werden.

1. Außer den Fällen, dass der Gegner der verstorbenen Partei nach § 155 die Aufnahme des Verfahrens durch dessen Rechtsnachfolger oder dass der Gegner der Partei, deren Advocat gestorben oder zur Vertretung unfähig geworden ist, nach § 160 die Bestellung eines neuen Advocaten betreibt, kann die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens in den Fällen der §§ 152, 190, 191 von amtswegen, sonst hat sie über Antrag zu erfolgen. Die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens kann entweder durch die Partei geschehen, auf deren Seite sich der Unterbrechungsgrund ereignete, durch ihre Rechtsnachfolger, Vertreter u. s. w., oder durch den Gegner dieser Partei (Regierungsmotive, S. 234).

Das Erlöschen des Unterbrechungsgrundes ist glaubhaft zu machen (§ 274). Eine neue Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung oder zur Fortsetzung derselben ist auch dann anzuordnen, wenn vor der Unterbrechung zu einer Tagsatzung geladen worden ist, die erst nach Beendigung der Unterbrechung fällt, da nach § 163 alle Ladungen ihre Wirksamkeit verlieren. Fristen beginnen mit dem nach § 166 festzusetzenden Zeitpunkte, mit welchem das Verfahren als aufgenommen zu gelten hat, nach § 163 von neuem zu laufen, richterliche Fristen, deren Endpunkt mit dem Kalendertage bestimmt war, sind neuerlich zu bestimmen. Ist das Erlöschen des Unterbrechungsgrundes zweifelhaft, so ist nach § 165 der Gegner einzuvernehmen und wenn durch dessen Einvernahme der Zweifel nicht behoben wird, der Antrag abzuweisen.

§ 165. Der gemäß § 164 behufs Erwirkung der Aufnahme des Verfahrens erforderliche Antrag ist bei dem Gerichte zu stellen, bei welchem die Rechtssache zur Zeit des Eintrittes des Unterbrechungsgrundes anhängig war.

Die Entscheidung über die in § 164 bezeichneten Anträge erfolgt ohne vorhergehende mündliche Verhandlung; es kann jedoch das Gericht vor dieser Entscheidung den Gegner einver-

Digitized by Google

nehmen, wenn das Erlöschen des Unterbrechungsgrundes zweifelhaft erscheint.

Bei Anberaumung einer Tagsatzung zur Verhandlung über den Aufnahmeantrag (§ 155), sowie in den Beschlüssen, durch welche einem gemäß §§ 158, 159, 160, 161, 162 und 164 gestellten Aufnahmeantrage stattgegeben oder das Verfahren von amtswegen aufgenommen wird, sind den Parteien die im Falle der Versäumung eintretenden Folgen anzukündigen.

1. Nach § 29 J. N. bleibt jedes Gericht in Rechtssachen, welche bei demselben anhängig gemacht wurden, bis zu deren Beendigung zuständig. Diesen Grundsatz auch für den Antrag behufs Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens zur Geltung zu bringen, bezweckt der erste Absatz. Das Processgericht erster Instanz, bei welchem die Rechtssache anhängig war, ist daher auch dann gemeint, wenn bereits das Rechtsmittelverfahren im Zuge ist; denn anhängig bleibt die Rechtssache in erster Instanz bis zur Rechtskraft des Urtheiles. Es wäre auch für die Partei schwer zu bestimmen, ob die Rechtsache bereits durch Uebermittlung der Acten bei dem Berufungs- oder Revisionsgerichte anhängig ist.

Ueber die Competenz zur Entscheidung des Antrages wird hiedurch nichts bestimmt. Diese richtet sich nach dem Stadium des Verfahrens, so dass die Entscheidung von dem Processgerichte erster Instanz zu erfolgen hat, wenn die Tagsatzung vor diesem Gerichte anzuordnen oder die Frist zu einer bei diesem Gerichte vorzunehmenden Frist (auch Berufungs- und Revisionsfrist) zu bestimmen ist, dagegen von dem Berufungs- oder Revisionsgerichte, wenn die Tagsatzung zur Berufungs- eventuell Revisionsverhandlung anzuordnen ist.

2. Eine mündliche Verhandlung über den Aufnahmeantrag ist nur im § 156 vorgeschrieben, wenn die Rechtsnachfolger zur Aufnahme des Verfahrens gedrängt werden sollen. Eine Einvernehmung des Gegners kann das Gericht stets anordnen, wenn es über das Erlöschen des Unterbrechungsgrundes im Zweifel ist (Regierungsmotive, S. 235).

3. Die Versäumungsfolgen, welche den Parteien, also beiden Parteien, anzukündigen sind, richten sich nach der Processhandlung, welche im Processe zunächst vorzunehmen ist. Wird nach § 155 die Tagsatzung über den Aufnahmeantrag allein angeordnet, so wird den Parteien nur anzukündigen sein, dass im Falle des Ausbleibens der geladenen Rechtsnachfolger das Verfahren bei genügender Bescheinigung der behaupteten Rechtsnachfolge als von ihnen aufgenommen erklärt werden würde, und dass im Falle des Ausbleibens des Processgegners über

Digitized by Google

sein Begehren nicht entschieden werden könnte. Wird gleichzeitig zur Verhandlung in der Hauptsache geladen, so ist beiden Parteien zu eröffnen, dass im Fall des Ausbleibens einer Partei das auf den Gegenstand des Rechtsstreites bezügliche thatsächliche Vorbringen der erschienenen Partei, soweit dasselbe nicht durch die vorliegenden Beweismittel widerlegt wird, für wahr zu halten und auf dieser Grundlage auf Antrag der erschienenen Partei über das Klagebegehren durch Versäumungsurtheil zu erkennen sein wird. Wird zur Fortsetzung der Verhandlung in der Hauptsache geladen, so sind beide Parteien nach § 399 zu verständigen, dass im Falle des Ausbleibens einer der Parteien über Antrag der erschienenen Partei das Urtheil unter Berücksichtigung der Ergebnisse der früheren Erklärungen und thatsächlichen Angaben der säumigen Partei und der Ergebnisse vorausgegangener Beweisaufnahmen gefällt würde.

Dieselbe Belehrung hat auch zu erfolgen, wenn in anderen Fällen der Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens zur mündlichen Verhandlung oder zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung geladen wird. Im Falle der Ladung zur mündlichen Berufungsverhandlung oder zu einer Beweisaufnahme sind die Parteien gemäß §§ 289, 491 zu verständigen, dass auch im Falle ihres Nichterscheinens über die Berufung verhandelt oder mit der Beweisaufnahme vorgegangen würde. Wird zur Vornahme einer Processhandlung gemäß § 164 eine Frist bestimmt oder beginnt mit der Aufnahme des Verfahrens eine Frist zur Vornahme einer Processhandlung von neuem zu laufen, so ist in dem Aufnahmsbeschlusse bekannt zu geben, welche Folgen das Gesetz mit der Versäumung der betreffenden Processhandlung verbindet und ob diese Rechtsfolgen von selbst oder erst auf Antrag der Gegenpartei (§ 145) eintreten.

§ 166. In den Fällen der §§ 156, 157 und 158, Absatz 3, ist der Zeitpunkt, mit welchem das Verfahren als aufgenommen zu gelten hat, in der über die Verpflichtung zur Aufnahme des Verfahrens ergehenden Entscheidung anzugeben, wenn nicht das Verfahren in der Hauptsache gleich bei der zur Verhandlung über den Aufnahmeantrag anberaumten Tagsatzung aufgenommen wurde.

In allen anderen Fällen ist dieser Zeitpunkt, sofern nicht die Vorschriften des § 160 zur Anwendung kommen, in der Entscheidung über den Aufnahmeantrag oder in dem Beschlusse, durch welchen das Verfahren von amtswegen aufgenommen wird, vom Gerichte zu bestimmen.

1. Der Zeitpunkt, mit welchem das Verfahren als aufgenommen zu gelten hat, ist nur dann nicht zu bestimmen, wenn

Digitized by Google

das Verfahren in der Hauptsache gleich bei der zur Verhandlung über den Aufnahmeantrag anberaumten Tagsatzung aufgenommen wurde, oder wenn die Bestimmung dieses Zeitpunktes mit dem Ablaufe der Frist zur Bekanntgabe eines neuen Processbevollmächtigten nach § 160 erfolgt ist. Dieser Zeitpunkt ist namentlich deshalb wichtig, weil mit demselben alle bei Eintritt der Unterbrechung bereits angeordneten richterlichen Fristen, sowie die durch frühere Processhandlungen etwa veranlassten gesetzlichen Fristen von selbst zu laufen beginnen (Regierungsmotive, S. 234). Derselbe fällt mit dem Wegfalle des Hindernisses nicht zusammen, wird vielmehr so zu bestimmen sein, dass den Parteien die vollen Processfristen zugute kommen, also bei der Anzeige von der Aufnahme mit der Zustellung derselben an den Gegner, bei der Entscheidung über einen Aufnahmeantrag nach mündlicher Verhandlung mit der Verkündigung desselben. Nachdem alle Beschlüsse, welche die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens zum Gegenstande haben, im Recurswege angefochten werden können, so kann der Zeitpunkt, mit dem das Verfahren als aufgenommen zu gelten hat, auch mit dem Zeitpunkte der Rechtskraft des betreffenden Beschlusses bestimmt werden, wenn der Erfolg dieses Rechtsmittels nicht ausgeschlossen erscheint.

§ 167. Die vorstehenden Bestimmungen haben sinngemäß zur Anwendung zu kommen, wenn nach dem gegenwärtigen Gesetze aus anderen als den in diesem Titel bezeichneten Gründen eine Unterbrechung des Verfahrens stattzufinden hat und hierüber nichts Abweichendes angeordnet ist.

Außer den in diesem Titel angeführten Fällen tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein nach § 152, wenn das Gericht im Falle des Antrages auf Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dieselbe anordnet, in welchem Falle das Verfahren nach Erledigung des Wiedereinsetzungsantrages auch von amtswegen aufzunehmen ist; nach § 190, wenn über ein für die Entscheidung des Rechtsstreites maßgebendes Rechtsverhältnis ein anderer Rechtsstreit oder ein Verwaltungsverfahren anhängig ist und das Gericht die Unterbrechung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsverhältnisses anordnet; nach § 191, wenn wegen Verdachtes einer strafbaren Handlung, deren Ermittlung und Aburtheilung für die Entscheidung von maßgebendem Einfluss ist, die Unterbrechung des Verfahrens vom Gerichte verfügt wird, in welchen beiden Fällen die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens gleichfalls auch von amtswegen zu erfolgen hat; nach §§ 544, 545 in der Berufungsinstanz wegen

Digitized by Google

Einbringung der Wiederaufnahmsklage; nach § 13 Ges. v. 18. April 1869 Nr. 44, R.-G.-Bl. bei bejahenden Competenzconflicten welche das Reichsgericht zu entscheiden hat; nach § 11 Ges. v. 28. Mai 1881, Nr. 47 R.-G.-Bl., über Ersuchen des Strafgerichtes in Strafuntersuchungen wegen Wuchers. Andere Fälle der Aussetzung oder Hemmung des Verfahrens, z. B. wegen einer Beweisaufnahme (§ 279), wegen eines Editionsprocesses (§ 309), wegen eines Zwischenurtheiles (§ 393), wegen eines Disciplinarverfahrens im Syndicatsprocesse (§ 601), wegen abgesonderter Entscheidung über Processeinreden (§ 262), sind nicht Unterbrechungen im technischen Sinne, daher nicht nach den Vorschriften dieses Titels zu beurtheilen.

Ruhen des Verfahrens.

§ 168. Die Parteien können vereinbaren, dass das Verfahren ruhen solle; eine solche Vereinbarung ist erst von dem Zeitpunkte an wirksam, in welchem sie dem Gerichte von beiden Parteien angezeigt wurde. Mit dem Ruhen des Verfahrens sind die Rechtswirkungen einer Unterbrechung des Verfahrens mit der Ausnahme verbunden, dass der Lauf von Nothfristen nicht aufhört. Das Ruhen des Verfahrens hat außerdem zur Folge, dass das Verfahren vor Ablauf von drei Monaten seit der Anzeige der getroffenen Vereinbarung nicht aufgenommen werden kann.

1. Den Parteien sind hier deren gesetzliche Vertreter (§ 5) und Bevollmächtigte (§ 39) gleichgestellt. Für die Wirksamkeit der Vereinbarung der Parteien, dass der Rechtsstreit ruhen solle, ist die Anzeige beider Parteien vorgeschrieben. Einer solchen Anzeige kommt nach § 170 das Ausbleiben beider Parteien von einer zur mündlichen Verhandlung anberaumten Tagsatzung gleich. Die Vereinbarung kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit getroffen werden, gilt aber in jedem Falle mindestens auf drei Monate. Das Ruhen des Verfahrens kann auch im Rechtsmittelverfahren vereinbart werden.

2. Die Wirkungen sind dieselben wie bei der Unterbrechung (§ 163), doch wird auch die Verkündigung der Entscheidung durch die Anzeige von dem vereinbarten Ruhen des Verfahrens gehemmt werden.

Nur der Lauf der Nothfristen wird durch das Ruhen des Verfahrens nicht gehemmt. Hat eine Nothfrist beim Eintritte des Ruhens des Verfahrens noch nicht begonnen, wird z. B. eine Zustellung erst nach der Anzeige von dem vereinbarten Ruhen des Verfahrens bewirkt, so handelt es sich um den Beginn und nicht um den Lauf der Frist und auf diesen erstreckt sich die Wirkung der Vereinbarung.

Digitized by Google

3. Ein Ruhen des Verfahrens ohne Einschränkung auf eine Zeitdauer tritt ein, wenn der Kläger die Klagscaution nicht erlegt und der Beklagte den Antrag auf Zurücknahmeerklärung der Klage nicht stellt (§ 60), oder wenn der Beklagte im Verfahren vor Gerichtshöfen die Klagebeantwortung nicht erstattet und der Kläger den Antrag auf Anberaumung der Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung nicht stellt (§ 398). In diesen Fällen wird das Ruhen des Verfahrens durch Nachholung der versäumten Processhandlung oder durch den Präclusionsantrag des Gegners unterbrochen.

§ 169. Das Ruhen des Verfahrens dauert so lange, bis von einer der Parteien die Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung oder, wenn das Verfahren während des Laufes einer Frist zur Vornahme einer Processhandlung eingestellt wurde, die neuerliche Bestimmung einer Frist für diese Processhandlung beantragt wird. Geschieht dies vor Ablauf der dreimonatlichen Frist (§ 168) oder der zwischen den Parteien für das Ruhen des Verfahrens vereinbarten Zeit, so hat das Gericht den bezüglichen Antrag von amtswegen oder auf Begehren des Gegners ohne Verhandlung zurückzuweisen oder die Unwirksamkeit der etwa erfolgten Anberaumung einer Tagsatzung oder Fristbestimmung auszusprechen.

Nach Ablauf von drei Monaten, gerechnet von der Zeit der Anzeige der getroffenen Vereinbarung, beruht die Fortsetzung eines ruhenden Verfahrens auf dem Willen der Parteien. Jede Partei kann die Fortsetzung veranlassen. Dieselbe kann der Natur der Sache nach nur im Einklange mit dem Inhalte der getroffenen Vereinbarungen erfolgen. Eine vereinbarungswidrige Aufnahme des Verfahrens durch den Gegner kann die Partei mittels des im § 169 geregelten Verfahrens abwehren (Regierungsmotive, S. 235). Die Vorschrift der Regierungsvorlage, dass die Entscheidung nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu erfolgen habe, ist von der Commission des Herrenhauses gestrichen worden und es hat das Gericht — vor Gerichtshöfen der Senat — über den Antrag ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden.

Es wird zweckmäßig sein, wenn die Parteien bei der Anzeige von dem vereinbarten Ruhen des Verfahrens gleichzeitig auch anzeigen, für welche Zeit das Ruhen des Verfahrens vereinbart worden sei, oder dass die Vereinbarung ein Ruhen des Verfahrens auf unbestimmte Zeit bezwecke, damit dem Gerichte die zur Beurtheilung der vereinbarungsgemäßen Aufnahme nothwendigen Daten auch ohne Verhandlung zu erkennen möglich wäre. Wird dies unterlassen, so kann wohl

Digitized by Google

über den Antrag auf Abweisung des Aufnahmeantrages der Gegner schriftlich oder mündlich einvernommen werden, es wird jedoch dem Aufnahmeantrag stattzugeben und die Fortsetzung des Verfahrens anzuordnen sein, wenn die Vorzeitigkeit des Antrages nicht nachgewiesen erscheint, ohne dass ein ordnungsmäßiges Beweisverfahren durchgeführt werden müsste.

Es kann aber den Parteien nicht verwehrt sein, diese Einwendung der vereinbarungswidrig vorzeitigen Aufnahme auch bei der mündlichen Verhandlung vorzubringen, soweit sie nicht durch Unterlassung der Rüge (§ 196) darauf verzichtet haben, oder dieselbe bei der mündlichen Verhandlung zu wiederholen und unter Beweis zu stellen, wenn ihr Antrag auf Abweisung des Aufnahmeantrages ohne Verhandlung abgewiesen worden ist. Ueber eine solche Einwendung wird sodann bei der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache zu verhandeln sein, es wird jedoch nicht Abweisung der Klage für derzeit erfolgen dürfen, weil eine solche Wirkung dem Ruhen des Verfahrens niemals zukommen kann, sondern es wird mit Beschluss die Unwirksamkeit der erfolgten Anberaumung der Tagsatzung und das weitere Ruhen des Verfahrens auszusprechen sein.

§ 170. Wenn bei einer zur mündlichen Verhandlung anberaumten Tagsatzung keine der Parteien erscheint, hat dies, soweit nicht solches Ausbleiben nach den Bestimmungen dieses Gesetzes ohne Einfluss auf den Fortgang des Processes ist, das Ruhen des Verfahrens zur Folge.

Von dem Einlangen einer Anzeige über ein vereinbartes Ruhen des Verfahrens, sowie von dem Ausbleiben beider Theile von der Tagsatzung hat das Gericht nebst den Processbevollmächtigten auch noch die Parteien selbst zu verständigen; den Parteien sind dabei die gesetzlichen Folgen des Ruhens des Verfahrens bekannt zu geben.

1. Das Nichterscheinen beider Parteien, deren gesetzlicher Vertreter (§ 5) oder Bevollmächtigten (§ 39) zur mündlichen Verhandlungstagsatzung oder zur Verhandlung im vorbereitenden Verfahren, endlich das Nichterscheinen des Klägers zu der über seinen Antrag wegen unterbliebener Klagsbeantwortung angeordneten Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung (§ 398) hat das Ruhen des Verfahrens auch dann zur Folge, wenn eine Vereinbarung darüber nicht stattgefunden hat oder wenn die Versäumung der Tagsatzung auf einem Zufalle beruht.

Das Nichtverhandeln der erschienenen Partei oder Parteien steht dem Nichterscheinen gleich (§ 133), so dass auch

Digitized by Google

dann Ruhen des Verfahrens eintritt, wenn der allein erschienene Kläger dem Gegner das Ausbleiben nachsieht und den Antrag auf Erlassung des Versäumungsurtheiles nicht stellt.

2. Das Nichterscheinen der Parteien ist ohne Einfluss auf den Fortgang des Processes bei der Tagfahrt zur Beweisaufnahme (§ 289), bei der Berufungsverhandlung (§ 491). Der Zusatz, wonach von dem Ruhen des Verfahrens und von den damit verbundenen Rechtswirkungen immer auch die Parteien separat zu verständigen sind, wird einer den Absichten der Partei widersprechenden Anwendung der Vorschriften über das Ruhen des Verfahrens zur Genüge vorbeugen (Motive der gem. Conferenz, S. 9). Die gesetzlichen Folgen des Ruhens des Verfahrens sind im § 168 und § 163 vorgeschrieben.

Dritter Abschnitt: **Mündliche Verhandlung.**

Erster Titel: **Oeffentlichkeit.**

§ *171. Die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, einschließlich der Verkündung der richterlichen Entscheidung, erfolgt öffentlich.*

Als Zuhörer haben nur erwachsene unbewaffnete Personen Zutritt. Personen, welche vermöge ihres öffentlichen Dienstes zum Tragen einer Waffe verpflichtet sind, darf der Zutritt nicht verweigert werden.

1. Die Vorschriften über die Oeffentlichkeit beruhen auf Grundsätzen des öffentlichen Rechts. Durch die Oeffentlichkeit der Verhandlung soll eine wirksame Controle der Rechtspflege ermöglicht werden. Auf dieselbe kann daher von den Parteien nicht verzichtet werden. Praktisch wichtig sind diese Vorschriften insofern, als nach § 477 jedes angefochtene Urtheil als nichtig zu beheben ist, wenn die Oeffentlichkeit in ungerechtfertigter Weise ausgeschlossen wurde.

2. Nur die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte erfolgt öffentlich. Dazu gehören auch die erste Tagsatzung (§ 239) und außer der mündlichen Verhandlung die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gerichte. Schuster (Oesterreichisches Civilprocessrecht) anerkennt die Oeffentlichkeit der ersten Tagsatzung nur für den Fall, wenn eine Verhandlung stattfindet, worüber der dieselbe leitende Richter selbst zu erkennen hat. Für Verhandlungen, welche nicht vor dem erkennenden Gerichte, sondern vor einem beauftragten oder

Digitized by Google

ersuchten Richter erfolgen, findet die Oeffentlichkeit nicht statt. Ausgeschlossen ist ferner die Oeffentlichkeit für die Berathung und Abstimmung der Richter (§ 413), für die nicht öffentlichen Verhandlungen der Berufungs- und Revisionsinstanz (§§ 473, 492, 509, 526), für die der Beschlussfassung über einen Antrag vorausgehende Einvernehmung oder Anhörung einer oder beider Parteien (§ 175) und für die Verhandlung über den Antrag auf Ausschließung der Oeffentlichkeit (§ 173). Die öffentliche Verkündigung der Entscheidung entfällt nach § 415, wenn das Urtheil nicht sofort nach Schluss der mündlichen Verhandlung gefällt wird und wenn der Beschluss außerhalb der Tagsatzung gefasst wird (§ 427)

§ *172. Die Oeffentlichkeit ist auszuschließen, wenn durch sie die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet erscheint, oder wenn die begründete Besorgnis besteht, dass die Oeffentlichkeit der Verhandlung zum Zwecke der Störung der Verhandlung oder der Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung missbraucht werden würde.*

Ueberdies kann das Gericht auf Antrag auch nur einer der Parteien die Oeffentlichkeit ausschließen, wenn zum Zwecke der Entscheidung des Rechtsstreites Thatsachen des Familienlebens erörtert und bewiesen werden müssen.

Der Ausschluss der Oeffentlichkeit kann für die ganze Verhandlung oder für einzelne Theile derselben stattfinden; auf die Verkündung des Urtheiles darf er sich in keinem Falle erstrecken. Insoweit die Oeffentlichkeit einer Verhandlung ausgeschlossen wird, ist die öffentliche Verlautbarung des Inhaltes der Verhandlung untersagt.

1. Durch die Oeffentlichkeit soll die Verhandlung an Ernst, das Anführen der Parteien und Zeugen an Wahrhaftigkeit gewinnen. Die durch Chicane und Unehrlichkeit herbeigeführten Störungen sollen mit Hilfe der Oeffentlichkeit aus dem Processe verbannt werden. Durch die Controle, der sie die Verhandlung und das gesammte processuale Vorbringen aussetzt, will die Oeffentlichkeit die Sachverhaltsermittlung nach Kräften fördern. Daraus ergibt sich der Ausschluss der Oeffentlichkeit für jene Fälle von selbst, in welchen sie statt zur Beförderung der Verhandlung zu deren Störung beitragen würde (Regierungsmotive, S. 236). In den Fällen des ersten Absatzes kann die Ausschließung der Oeffentlichkeit nach dem Ermessen des Gerichtes über Antrag oder von amtswegen, zu Beginn oder im Laufe der Verhandlung erfolgen. Eine Vereinbarung der Parteien auf Ausschluss der Oeffentlichkeit ist für die Entscheidung des Gerichtes nicht bindend. Die dies-

Digitized by Google

bezügliche Bestimmung der Regierungsvorlage wurde von der gemeinsamen Conferenz gestrichen, weil die noch übrig bleibenden Ausschließungsgründe genügen. Insbesondere kann, wenn zum Zwecke der Begründung einer Klage oder behufs Vertheidigung Dinge vorgebracht werden müssten, welche eine Partei aus geschäftlichen Gründen nicht in die Oeffentlichkeit gelangen lassen will, wie z. B. Productionsmethoden, Bezugsquellen, Absatzverhältnisse, Kundenlisten u. s. w., die Zulässigkeit der Geheimerklärung schon in der Besorgnis begründet sein, dass die Oeffentlichkeit in solchem Falle eine Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung zur Folge haben werde (Motive der Conferenz, S. 6).

2. Eine Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung durch die Oeffentlichkeit der Verhandlung wird aber auch dann zu besorgen sein, wenn sich die Verhandlung ihrer Aufgabe nach auf Thatsachen des inneren Familienlebens erstrecken muss. Insbesondere für die Parteien selbst bildet da die Oeffentlichkeit ein starkes Hindernis der offenen, rückhaltslosen, ausführlichen Darlegung; aus begreiflicher Scheu, bisher unbekannt gebliebene Umstände zu enthüllen, wird ihre Sachverhalterzählung manches wichtige Moment dunkel lassen, manches ganz übergehen, oder doch nur andeuten, was das Gericht genau wissen sollte. Und selbst den ausdrücklichen Fragen des Richters wird unter solchen Umständen die Sachverhaltsklarstellung oft nicht gelingen (Regierungsmotive, S. 236).

Die Ausschließung der Oeffentlichkeit ist in diesem Falle von dem Antrage einer oder beider Parteien abhängig, kann daher von amtswegen nicht erfolgen.

3. Die Gestattung, die Oeffentlichkeit nur für einzelne Theile der Verhandlung auszuschließen, setzt das Gericht in die Lage, die Verkündigung der Entscheidung in öffentlicher Sitzung vorzunehmen (Regierungsmotive, S. 236), soweit solche in der Form eines Beschlusses erfolgt. Die Verkündigung des Urtheiles muss unter allen Umständen öffentlich erfolgen (§ 171, Anm. 2). Zu der Urtheilsverkündigung gehört nach § 414 auch die Mittheilung der wesentlichsten Entscheidungsgründe.

Das ausdrückliche Verbot einer Veröffentlichung (Abs. 3) scheint nothwendig, weil die Anwendbarkeit des § 309 St. G. die gesetzliche Untersagung der Bekanntmachung zur Voraussetzung hat (Regierungsmotive, S. 236).

§ 173. Die Verhandlung über einen Antrag auf Ausschließung der Oeffentlichkeit erfolgt in nicht öffentlicher Sitzung.

Der Beschluss über die Ausschließung der Oeffentlichkeit muss öffentlich verkündet werden. Gegen denselben ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

Digitized by Google

Die Anordnung, dass über den Ausschluss der Oeffentlichkeit in nicht öffentlicher Sitzung zu verhandeln sei, beseitigt einen Zweifel, welcher nach der Textierung der Regierungsvorlage vom Jahre 1870 möglich geblieben wäre (Motive der Regierungsvorlage v. J. 1881, S. 59). Es ist sonach über einen Antrag auf Ausschließung der Oeffentlichkeit unter Zuziehung der Parteien in nicht öffentlicher Sitzung zu verhandeln und in öffentlicher Sitzung zu entscheiden. Eine Verletzung dieser Vorschriften hat nach § 477 die Nichtigkeit des Urtheiles und Verfahrens zur Folge. Die öffentliche Verkündigung ist sowohl für den Beschluss auf Ausschließung der Oeffentlichkeit, als für den einen diesbezüglichen Antrag abweisenden Beschluss vorgeschrieben. Eine abgesonderte Beschwerde gegen solche Beschlüsse ist ausgeschlossen.

§ 174. Wird die Oeffentlichkeit ausgeschlossen, so kann jede Partei verlangen, dass außer ihrem Bevollmächtigten drei Personen ihres Vertrauens die Anwesenheit bei der Verhandlung gestattet werde.

Wirklich angestellten Richtern, dann Conceptsbeamten der Staatsanwaltschaft und des Justizministeriums, sowie Advocaten bleibt trotz Ausschlusses der Oeffentlichkeit der Zutritt gestattet, sofern die Oeffentlichkeit nicht aus dem im § 172, Absatz 2, angeführten Grunde ausgeschlossen wurde.

Die Versagung des Zutrittes bezieht sich nur auf die bei der Verhandlung nicht betheiligten Personen. Die Wahl der Vertrauenspersonen steht jeder Partei zu, sie kann in diesem Wahlrechte durch das Gericht nicht beschränkt werden. Nur insofern wird die Partei durch das Gesetz beschränkt, als sie nur erwachsene und unbewaffnete Personen wählen darf. Die Bezeichnung der Justizpersonen, welchen der Zutritt ungeachtet des aus öffentlichen Rücksichten erfolgten Ausschlusses der Oeffentlichkeit gestattet werden soll, erfolgte in Uebereinstimmung mit der Strafprocessordnung (Motive der Regierungsvorlage v. J. 1881, S. 59).

§ 175. Das Erfordernis der Oeffentlichkeit der Verhandlung gilt nicht für die nach den Vorschriften dieses Gesetzes der Beschlussfassung über einen Antrag vorausgehende Einvernehmung oder Anhörung einer oder beider Parteien.

Die außerhalb einer Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte stattfindende Einvernehmung von Parteien, Zeugen, Sachverständigen und anderen Personen erfolgt gleichfalls mit Ausschließung der Oeffentlichkeit.

Was die Oeffentlichkeit für den Process wertvoll macht, kann sich wesentlich nur bei der eigentlichen Streitverhand-

Digitized by Google

lung bewähren, auf Grund deren die Entscheidung gefällt wird. Nur in dem Sinne verstehen die ausländischen Civilprocessgesetzgebungen das Oeffentlichkeitspostulat und auch im österreichischen Strafprocesse ist die Oeffentlichkeit auf die Hauptverhandlung beschränkt; die vorbereitenden Stadien participieren daran nicht. Dass die Meinung des Entwurfes keine andere, würde sich schon aus § 171 ergeben; doch der Klarheit halber wird die Begrenzung des Oeffentlichkeitserfordernisses noch durch die Vorschrift des § 175 vervollständigt (Regierungsmotive, S. 236).

Die vor einem ersuchten oder beauftragten Richter, insbesondere im vorbereitenden und Beweisverfahren stattfindenden Einvernahmen haben nicht öffentlich zu erfolgen. Eine Ausnahme davon bildet die nach § 239 vor dem Vorsitzenden des Senates oder einem beauftragten Richter stattfindende erste Tagsatzung, weil in diesem Falle der beauftragte Richter zugleich Erkenntnisrichter ist, daher die Vorschrift des § 175 Abs. 2 nicht angewendet werden kann.

Findet die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, jedoch außerhalb des Gerichtshauses statt (§ 132), so hat sie gleichfalls öffentlich zu erfolgen.

Zweiter Titel: **Vorträge der Parteien und Processleitung.**

Vorträge der Parteien.

§ 176. Vor dem erkennenden Gerichte verhandeln die Parteien über den Rechtsstreit mündlich. In Rechtssachen, in welchen die Vertretung durch Advocaten geboten ist, wird die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet. Außerdem ist die Ueberreichung vorbereitender Schriftsätze nur in den in diesem Gesetze besonders bezeichneten Fällen nothwendig.

1. Die Rechtssache ist vor dem erkennenden Gerichte mündlich zu verhandeln. Diese Vorschrift könnte vielleicht die Auslegung finden, als gäbe es überhaupt keine andere legitime Art, dem Gerichte den Processtoff zu vermitteln, als die mündliche Mittheilung, so dass auch alle im Processe — sei es zur Sachverhaltsconstruction, sei es zum Beweise — zu benützenden urkundlichen Erklärungen, Protokolle u. dgl. ohne Ausnahme in der Verhandlung mündlich vorgelesen werden müssen, um für das Gericht beachtlich zu werden. Eine solche Auslegung würde von einer Verkennung des Wesens der Mündlichkeit im Civilprocesse zeugen, denn sie legt der Münd-

Digitized by Google

lichkeit selbständige Bedeutung bei, während dieselbe in Wahrheit nur der Unmittelbarkeit zu dienen hat, erst durch diese Wert gewinnt und deshalb überall zu entbehren ist, wo sie die Unmittelbarkeit nicht zu fördern imstande ist. Aber jene Auslegung ist immerhin möglich. Zumal in der ersten Zeit des neuen Verfahrens, von dem man seit lange nie anders als vom „mündlichen Processe" sprechen gehört, wäre eine Ueberschätzung des Mündlichkeitserfordernisses nichts Unbegreifliches.

Der Mündlichkeit des Verfahrens könnte kaum ein gefährlicherer Feind entstehen, als eine solche anscheinend treue und consequente Ausführung des Mündlichkeitsgrundsatzes, denn sie würde die Mündlichkeit zu einer Formalität machen, und das darf diese nicht sein und nicht werden, wenn mit ihrer Hilfe eine Gesundung und Besserung der contentiosen Civilrechtspflege bewirkt werden soll. Die richtige Empfindung für die eigentliche processuale Function der Mündlichkeit könnte nie rege werden oder müsste doch bald wieder verschwinden, wenn z. B. langwierige Verlesungen von Urkunden zur Pflicht gemacht werden wollten, deren Inhalt das Gericht wie der Gegner genau kennt, oder das mündliche Vortragen aller für die Zwecke des Processes bereits protokollarisch fixierter Aussagen, Erklärungen, Befunde u. s. w., die in dieser Gestalt sämmtlichen betheiligten Personen schon bekannt sind. Die Aufmerksamkeit des Gerichtes und das Interesse der Parteien würde an solchem zweck- und wertlosen Ablesen von Urkunden ermatten, die Verhandlung würde ihre Lebendigkeit verlieren, wenn die Partei ihre mündliche Darlegung, in welcher sie auf derlei Schriftstücke Bezug nimmt, durch zeitraubende und abspannende Verlesungen unterbrechen müsste. Die Mündlichkeit würde bei solch mechanischer Auffassung — im Widerspruche mit ihrem Grundgedanken — den unmittelbaren Verhandlungseindruck zerstören oder doch erheblich schwächen. Weil dies an den Nerv des neuen Verfahrens rührt, den praktischen Erfolg desselben fraglich macht, wird die Geneigtheit eine geringe sein, sich in allem dem auf das Ueberwiegen einer richtigen Auffassung der Mündlichkeit zu verlassen. Besser wird es sein, schon von Gesetzeswegen jenen Missverständnissen entgegenzuarbeiten, einer formalistischen Behandlung des Mündlichkeitserfordernisses durch entsprechende Bestimmungen überhaupt den Eintritt in die Praxis zu verwehren. Derlei Bestimmungen haben dann doppelte Bedeutung: nicht nur, dass sie für eine bestimmte Processlage von der Beobachtung des Mündlichkeitsprincipes entbinden, tritt in ihnen zugleich der Grundgedanke der Mündlichkeit, seine rationelle Basis deutlich genug hervor, damit sich die Rechtssprechung daraus eine Anleitung zur richtigen Hand-

Digitized by Google

habung des Mündlichkeitsgrundsatzes entnehmen und vor Missverständnissen und unrichtigen Folgerungen sich bewahren könne.

Von diesem Gesichtspunkte ist sowohl die Vorschrift des § 177, Abs. 2 des Entwurfes, wie die an verschiedenen Stellen desselben aufgenommene Anordnung zu beurtheilen, dass der Inhalt eines nicht vor dem erkennenden Gerichte durchgeführten Verfahrens oder eines der Verhandlung in höherer Instanz vorausgegangenen Verfahrens vor dem Gerichte erster Instanz u. s. w. nicht von den Parteien auf Grund der aufgenommenen Protokolle oder der vorliegenden Acten eigens vorzutragen, sondern durch einen den Inhalt jener Acten unparteiisch darlegenden zusammenfassenden Bericht eines Mitgliedes des Senates zur Kenntnis des Collegiums zu bringen ist (Regierungsmotive, S. 236). Nach § 262 hat ein Mitglied des Senates die Ergebnisse eines vorbereitenden Verfahrens, nach § 287 hat der Vorsitzende die Ergebnisse einer im vorbereitenden Verfahren oder sonst nicht vor dem erkennenden Gerichte erfolgten Beweisaufnahme auf Grund der Protokolle und sonstigen Acten darzulegen. Ein solches Resumé ist auch im Falle der Erstreckung einer Tagsatzung (§ 138) und bei der mündlichen Berufungsverhandlung (§ 486) vorgeschrieben.

2. § 176 stellt den Grundsatz der freien mündlichen Vortragsform vor Gericht auf.

Damit ist nichts weiter gesagt, als dass in allen Fällen einer mündlichen Verhandlung die Parteien in freier Rede ihre Vorträge zu erstatten haben. Darüber, wann eine mündliche Verhandlung stattzufinden habe, bestimmt § 176 nichts. Die mündliche Verhandlung ist weder für alle Fälle vorgeschrieben, in welchen das Gericht als erkennend einschreitet (§§ 492, 509, 550), noch ist sie auf Verhandlungen der Parteien (§§ 18, 308, 324) oder auf Verhandlungen vor dem erkennenden Gerichte (§ 250) beschränkt. Die allgemeinen Vorschriften über die mündliche Verhandlung gelten überall da, wo eine solche vorgeschrieben (§§ 18, 22, 59, 149, 155, 230, 248, 257, 420, 423, 480) oder dem Gerichte freigestellt (§§ 128, 509) ist und vom Gerichte angeordnet wird.

In manchen Fällen ist ausdrücklich vorgeschrieben, dass die Entscheidung ohne weiteres Verfahren (§ 148), ohne vorhergehende mündliche Verhandlung (§§ 72, 169, 473, 509), nach vorheriger mündlicher oder schriftlicher Einvernehmung (§ 83), nach Anhörung des Gegners (§ 308), der Parteien (§ 324), nach Einvernehmung des Gegners (§§ 128, 129) zu erfolgen hat. Für diese Fälle gelten die Vorschriften über die mündliche

Digitized by Google

Vortragsform nicht, die Entscheidung erfolgt schriftlich. Dem Ermessen des Gerichtes ist es überlassen, zum Zwecke der Anhörung oder Einvernahme des Gegners oder beider Parteien, dieselben vorzuladen oder ihnen schriftliche Erklärungen abzuverlangen (§ 74, Anm. 1).

3. Jede mündliche Verhandlung wird durch einen Schriftsatz — die Klage — vorbereitet. Außer der Klage sind vorbereitende Schriftsätze (§ 78) in allen Processen zulässig, im Anwaltsprocesse (§ 27) für die Klagebeantwortung (§ 243) vorgeschrieben. Die Unterlassung der Klagebeantwortung hat nach § 398 den Rechtsnachtheil zur Folge, dass sich die Streitverhandlung auf die vom Beklagten bei der ersten Tagsatzung angemeldeten Einreden der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Unzuständigkeit des Gerichtes, der Streitanhängigkeit und der entschiedenen Streitsache zu beschränken hat, und dass auf mündliches Vorbringen des Beklagten, das die Hauptsache betrifft, kein Bedacht zu nehmen ist.

Wo die Ueberreichung vorbereitender Schriftsätze vom Gesetze nicht vorgeschrieben ist, kann die Unterlassung der Einbringung derselben insofern Nachtheile zur Folge haben, als auf neues thatsächliches Vorbringen der erschienenen Partei, das dem Gegner vor der Tagsatzung durch vorbereitenden Schriftsatz nicht mitgetheilt wurde, bei der Fällung eines Versäumungsurtheiles kein Bedacht zu nehmen ist (§ 399), als das Vorbringen neuer thatsächlicher Behauptungen und Beweismittel in der mündlichen Verhandlung ohne vorbereitenden Schriftsatz zur Tagsatzungsverlegung und zum Kostenersatze (§ 142) führen kann.

§ 177. Nach dem Aufrufe der Sache sind die Parteien mit ihren Anträgen, mit dem zur Begründung derselben oder zur Bekämpfung der gegnerischen Anträge bestimmten thatsächlichen Vorbringen, sowie mit ihren Beweisen und Beweisanbietungen und mit den das Streitverhältnis betreffenden rechtlichen Ausführungen zu hören (Vorträge der Parteien). Das Ablesen schriftlicher Aufsätze statt mündlichen Vorbringens ist unzulässig.

Schriftstücke, auf welche in den Vorträgen Bezug genommen wird, sind nur insoweit vorzulesen, als diese Schriftstücke dem Gerichte oder dem Gegner noch nicht bekannt sind oder als es auf den wörtlichen Inhalt ankommt.

1. Die Tagsatzung beginnt mit dem Aufrufe der Sache (§ 133). Unter Parteien sind hier auch deren gesetzliche Vertreter (§ 5) und Bevollmächtigte (§ 39) zu verstehen. Die Anträge, welche die Parteien in der mündlichen Verhandlung

Digitized by Google

zu stellen haben, sollen das Begehren ausdrücken, welches der Antragsteller durch richterliche Entscheidung zugesprochen haben will.

An diese Sachanträge der Parteien ist das Gericht gemäß §§ 405, 497 gebunden. Nach den Vorverhandlungen zur Civilprocessordnung für das Deutsche Reich sollen die Anträge nur den Tenor der vom Antragsteller erbetenen Entscheidungen (die petita) enthalten und keine begründenden Ausführungen, also keine conclusions motivées sein (Reichsgericht Leipzig, X, S. 392). Der vom Kläger zu stellende Antrag wird in der Regel das Klagebegehren sammt Nebengebüren, wie es in der Klage enthalten ist, umfassen. Zur Erwirkung eines Ausspruches über die Processkosten bedarf es jedoch nur der rechtzeitigen Vorlage des Kostenverzeichnisses (§ 52). Wenn der Kläger sein in der Klage vorgebrachtes Begehren in unzulässiger Weise ändert, so wird es von dem Verhalten des Geklagten oder eventuell des Gerichtes abhängen, ob das geänderte Klagebegehren Gegenstand der Verhandlung und Urtheilsschöpfung sein darf (§ 235). Eine Zurücknahme der Klage ist in der mündlichen Verhandlung nur mit Zustimmung des Gegners gestattet (§ 237). Der vom Geklagten gestellte Antrag auf gänzliche oder theilweise Abweisung des Klagebegehrens kann mit einer Widerklage oder mit dem Antrage auf Feststellung eines für das Klagebegehren präjudiziellen Rechtes oder Rechtsverhältnisses verbunden werden (§§ 259, 236).

Außer diesen Sachanträgen werden die Parteien auch noch processuale Anträge, welche die Processführung selbst betreffen, zu stellen berechtigt sein.

Die Parteianträge sind wesentlich für die mündliche Verhandlung, ohne Stellung derselben kann eine Entscheidung nicht erfolgen. Der weitere Inhalt der Parteienvorträge hat die thatsächliche und rechtliche Seite des Streitverhältnisses zu umfassen. In einer fortgesetzten Verhandlung hat der Richter oder Vorsitzende des Senates die wesentlichen Ergebnisse der früheren mündlichen Verhandlung zu wiederholen (§ 138); in welchem Falle auch die neuerliche Stellung des Antrages entfällt.

2. Was bei der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte und zur Zeit des Parteivortrages bereits in urkundlicher Form vorliegt, braucht nicht vorgelesen zu werden, aber nicht darf der Parteivortrag durch das Vorlesen von schriftlichen Erklärungen ersetzt werden, welche etwa eigens zu diesem Zwecke entworfen sind (Regierungsmotive, S. 237). Der Partei (oder deren Vertreter), welche solche schriftliche Aufsätze verlesen wollte, müsste der Vorsitzende das Wort entziehen, wenn dieselbe sich seinen Anordnungen nicht fügen würde (§ 180).

Digitized by Google

Ebensowenig wird es zulässig sein, dass die Partei statt mündlichen Vorbringens ein Schriftstück mit ihren Anträgen und Ausführungen überreiche. Auch die Vorschrift des zweiten Absatzes wird nicht dahin auszulegen sein, dass jedes Schriftstück, welches dem Gegner oder dem Gerichte noch nicht bekannt ist, zur Verlesung gelangen muss. Es wird genügen, wenn nur jene Stellen desselben zur Verlesung gelangen, welche für das den Gegenstand des Streites bildende Rechtsverhältnis von Belang sind (§ 298). Bei Rechnungen über bestellte Waren oder gelieferte Arbeiten sind vielleicht nur einzelne Posten strittig. Aus den beiderseitigen Erklärungen wird sich ergeben, betreffs welcher Posten ein thatsächliches Vorbringen oder eine Beweisanbietung nothwendig erscheint, ohne dass die ganze Rechnung Post für Post deshalb abgelesen werden müsste, weil sie vorher dem Gegner und dem Gerichte in Abschrift nicht vorgelegt worden ist.

§ 178. Jede Partei hat in ihren Vorträgen alle im einzelnen Falle zur Begründung ihrer Anträge erforderlichen thatsächlichen Umstände der Wahrheit gemäß vollständig und bestimmt anzugeben, die zur Feststellung ihrer Angaben nöthigen Beweise anzubieten, sich über die von ihrem Gegner vorgebrachten thatsächlichen Angaben und angebotenen Beweise mit Bestimmtheit zu erklären, die Ergebnisse der geführten Beweise darzulegen und sich auch über die bezüglichen Ausführungen ihres Gegners mit Bestimmtheit auszusprechen.

1. Die für den Process erheblichen Thatsachen sind von den Parteien wahrheitsgemäß, vollständig und bestimmt anzugeben. Wiewohl die Verletzung dieser Vorschriften keinen unmittelbaren Rechtsnachtheil für die zuwiderhandelnde Partei nach sich zieht, wird dennoch eine solche Verpflichtung der Parteien im Gesetze zu statuieren sein. Eine möglichst richtige und vollständige Sachverhaltskenntnis ist für die Processentscheidung gewiss erwünscht. Das wird auch zugeben, wer die Forderung ablehnt, dass das Urtheil im Civilprocesse ein — wie man zu sagen pflegt — materiell wahres, gerechtes sein solle. Es müsste zum Schaden der Rechtssicherheit und des Rechtslebens ausschlagen, wenn ein relativ großer Procenttheil der Richtersprüche sich, mit den thatsächlichen Verhältnissen verglichen, als unrichtig und verfehlt erweisen würde. Das ist aber trotz aller Sorgfalt bei der eigentlichen Rechtsanwendung die nothwendige Folge, wenn der Richter verhalten wird, auf Grund unrichtiger, lückenhafter, unklarer Thatsachenangaben zu entscheiden. Dass sie jene Folge gut heiße, kann von der Gesetzgebung nicht erwartet werden, auch sie wird vielmehr

Digitized by Google

auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der richterlichen Sachverhaltskenntnis großen Wert legen. Dies kommt in dem obgedachten an die Parteien ergehenden Gebote zum Ausdrucke. Die Anerkennung einer Rechtspflicht der Parteien zu wahrheitsgemäßer und erschöpfender Sachverhaltsangabe spiegelt zugleich die Auffassung der Gesetzgebung über die Aufgabe der Civilrechtssprechung wieder. Die Sanction dieser Rechtspflicht wird aber statt in der Bedrohung des Ungehorsams durch Strafe besser in der Befugnis des Gerichtes gesucht werden, durch die Mittel der Processleitung für das Ersatz zu schaffen, was den Parteianbringen an sich etwa an Richtigkeit, Vollständigkeit und Bestimmtheit mangelt. Der im § 178 ausgesprochene Satz bildet so zugleich das gesetzliche Fundament für die dem Gerichte in den §§ 180 ff. beigelegten Processleitungsbefugnisse (Regierungsmotive, S. 237).

2. Es kann für das mündliche Verfahren nicht daran gedacht werden, gesetzlich festzustellen, welche Erklärungen als bestimmt angesehen werden dürfen, oder gesetzliche Vorschriften über die Form des Behauptens oder Bestreitens zu geben und ein Abgehen davon nur unter beschränkenden Ausnahmen zuzulassen. Alles was nicht durch den Zweck des Processes gefordert wird, soll vermieden, die Parteien sollen nicht zu unmotivierten Verneinungen gedrängt werden (§ 267). Der Gefahr, dass etwa, wenn den Parteien in Beziehung auf ihre Erklärungen keine Schranken gesetzt werden, Unsicherheit darüber entstehe, welche von ihren Behauptungen einer Beweisführung bedürfen, kann der Richter im mündlichen Verfahren kaum ausgesetzt sein. Denn zwischen bestimmten und ausweichenden Erklärungen zu unterscheiden, jene Schlussfolgerungen zu ziehen, welche sich aus den Vorträgen in Bezug auf die Absicht des Zugestehens oder Bestreitens ergeben, das kann keine besonderen und jedenfalls keine größeren Schwierigkeiten bereiten, als sie dem Richter durch die Aufgabe der freien Beweiswürdigung überhaupt auferlegt werden. Im Falle des Zweifels wird sich der Richter durch Befragung der Parteien immer die wünschenswerte Aufklärung verschaffen können (Regierungsmotive, S. 238). Der freien Beweiswürdigung des Gerichtes unterliegt es, ob nicht widersprochene und auch nicht zugestandene thatsächliche Behauptungen als zugestanden anzusehen seien (§ 267).

3. Bei der Feststellung des Inhaltes der Parteienvorträge wurden den thatsächlichen Behauptungen und den über dieselben abzugebenden Erklärungen die auf die Beweisführung sich beziehenden Angaben und Erklärungen an die Seite gesetzt, da die Beweisführung einen integrierenden Bestandtheil der münd-

Digitized by Google

lichen Verhandlung zu bilden hat (Regierungsmotive, S. 237). Diesbezüglich wird sich die Erklärung auf die Beweiskraft der angebotenen Urkunden- und Zeugenbeweise, auf etwaige Ausschließungsgründe der geführten Zeugen, auf Ablehnungsgründe der vorgeschlagenen Sachverständigen, auf die Unzulässigkeit der Vernehmung einer Partei, auf Eideshindernisse bei Zeugen und Parteien zu erstrecken haben. Ueber die Echtheit einer Privaturkunde und der auf derselben befindlichen Unterschrift muss sich der Gegner des Beweisführers nach § 312 erklären, widrigens die Echtheit als unbestritten gilt. Die muthwillige Bestreitung der Echtheit von Privat- und öffentlichen Urkunden ist nach § 313 mit Muthwillensstrafen zu ahnden.

§ 179. Die Parteien können bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung neue auf den Gegenstand dieser Verhandlung bezügliche thatsächliche Behauptungen und Beweismittel vorbringen. Solches Vorbringen kann jedoch vom Gerichte auf Antrag oder von amtswegen als unstatthaft erklärt werden, wenn die neuen Angaben und Beweise offenbar in der Absicht, den Process zu verschleppen, nicht früher vorgebracht wurden und deren Zulassung die Erledigung des Processes erheblich verzögern würde.

Dafern hiebei auch dem Advocaten der Partei ein grobes Verschulden zur Last fällt, kann außerdem gegen denselben eine Ordnungsstrafe verhängt werden.

1. § 179 spricht den für das mündliche Verfahren unentbehrlichen Grundsatz aus, dass jedes vor Schluss der mündlichen Verhandlung in was immer für einem Stadium gemachte Vorbringen als ein rechtzeitiges zu behandeln sei (Regierungsmotive, S. 238). Die Vorschrift gilt in allen Fällen, in denen eine mündliche Verhandlung stattfindet. In der Berufungsinstanz dürfen aber neue Thatumstände und Beweise nur zur Darthuung oder Widerlegung der geltend gemachten Berufungsgründe und nur dann vorgebracht werden, wenn sie dem Gegner mittels vorbereitenden Schriftsatzes mitgetheilt wurden (§ 482).

Nachdem für die rechtlichen Ausführungen kein anderer Endtermin festgesetzt ist, werden auch diese sowie die Erklärungen über die gegnerischen thatsächlichen Angaben und Beweise bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden können. Der Schluss der Verhandlung (§ 193) ist vom Vorsitzenden auszusprechen (§ 180), der Senat kann die Wiedereröffnung einer bereits geschlossenen Verhandlung anordnen (§ 194). Den Parteien steht ein Recht, zum Zwecke der Nachholung eines versäumten Vorbringens die Wiederer-

Digitized by Google

öffnung einer geschlossenen mündlichen Verhandlung zu beantragen, nicht zu (R. G. Leipzig, Fuchsberger, S. 425). Nach § 263 kann die im vorbereitenden Verfahren unterlassene oder verweigerte Erklärung über Thatsachen, angebotene oder vorgelegte Beweise in der mündlichen Verhandlung nicht nachgeholt werden und es können neue Behauptungen und Beweismittel nur geltend gemacht werden, wenn der Gegner keinen Einspruch erhebt, oder wenn von der Partei glaubhaft gemacht wird, dass sie von denselben zur Zeit des vorbereitenden Verfahrens keine Kenntnis hatte.

Außerdem werden vom Gesetze nachfolgende Processhandlungen durch nicht rechtzeitiges Vorbringen präcludiert:

a) Die Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit nach Einlassung in eine Verhandlung oder Stellung von Anträgen ohne Geltendmachung des der Partei bekannten Ablehnungsgrundes nach § 22 J. N.,

b) die Einwendung der Unzuständigkeit nach der ersten Tagsatzung (§ 240) oder Streiteinlassung (§ 441) gemäß § 104 J. N.,

c) der Antrag auf Sicherheitsleistung für die Processkosten nach der ersten Tagsatzung und nach Einlassung in die Hauptsache (§ 59),

d) die Einwendung gegen eine Klagsänderung nach Verhandlung über eine abgeänderte Klage (§ 235),

e) die Rüge von Mängeln nach Einlassung in die weitere Verhandlung der Sache (§ 196),

f) die Ablehnung von Sachverständigen nach dem Beginne der Beweisaufnahme oder Einreichung des Gutachtens (§ 355).

2. Wenn es hienach zulässig erscheint, nach langen Verhandlungen und Beweisführungen neue Behauptungen vorzubringen, welche zu weiteren Beweisführungen Anlass geben können, dann ist die Besorgnis wohl naheliegend, dass jene Zulässigkeit zum Zwecke einer muthwilligen Verschleppung ausgebeutet werde. Man wird deshalb darauf bedacht sein müssen, der Partei, der am regelmäßigen Fortgange des Processes gelegen ist, gegen chicanöses Vorbringen Schutz zu gewähren. Ein solcher wäre es nicht, wenn der Gegner keine andere nachtheilige Folge seiner auf Verschleppung gerichteten Bestrebungen zu gewärtigen hätte, als etwa den Ersatz der durch eine Tagsatzungsverlegung verursachten Kosten, namentlich wenn er dabei sicher ist, sein im Hinausschieben der Entscheidung liegendes Ziel zu erreichen.

Digitized by Google

Der Zweck des Gesetzes wird vielmehr nur dann erreicht werden können, wenn man das Gericht berechtigt, die Chicane durch ein Zurückweisen des muthwillig verzögerten Vorbringens zu vereiteln, solches Vorbringen zurückzuweisen.

Die Größe des Einflusses, welcher dem Gerichte hiedurch eingeräumt wird, kann nicht davor abschrecken, eine Maßregel zu ergreifen, welche durch die Natur des Verhältnisses geboten erscheint. Die Macht, welche das Gericht hier erhält, ist nicht bedeutender und das in seine Gewissenhaftigkeit gesetzte Vertrauen nicht größer, als der Einfluss, welcher dem Gerichte durch die Zulassung freier Beweiswürdigung eingeräumt wird. Außerdem erscheint die Tragweite dieser dem Gerichte verliehenen Befugnis — von der Controle der Rechtsmittelinstanzen abgesehen — dadurch eingeschränkt, dass die Zurückweisung eines Vorbringens immer nur für einen bestimmten Rechtsstreit gelten kann, und im Falle unbegründeter Zurückweisung die spätere Geltendmachung mittels Wiederaufnahmsklage vorbehalten bleibt (Regierungsmotive, S. 238).

Nach den Motiven der gemeinsamen Conferenz, S. 5, muss offenbare Verschleppungsabsicht obwalten und eventuell auch mit der Zulassung des neuen Vorbringens eine erhebliche Processverzögerung verbunden sein. Zur Ausschließung verschleppender Angriffs- und Vertheidigungshandlungen dienen außerdem die Bestimmungen der §§ 181, 275, 278.

3. Die Entscheidung steht dem Gerichte, bei Gerichtshöfen dem Senate zu und kann nach § 186 durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden. Sie kann über Antrag oder von amtswegen erfolgen, doch wird letzteres mit Rücksicht auf die Folgen einer Wiederaufnahmsklage für die Gegenpartei und darauf, dass es sich um den Schutz der Partei gegen Processverschleppungen wider ihren Willen handelt, möglichst zu vermeiden sein.

Die Feststellung der offenbaren (§ 51) Verschleppungs absicht, der erheblichen Processverzögerung und der Verspätung des Vorbringens unterliegt der freien Beweiswürdigung des Gerichtes. Dass ein Schriftsatz nicht überreicht oder in demselben die thatsächlichen Behauptungen und Beweismittel — nur um solche handelt es sich hier — nicht angeführt wurden, oder dass die thatsächlichen Behauptungen zwar bei der ersten Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung, aber nicht sofort, sondern erst am Schlusse der Verhandlung vorgebracht wurden, wird zum Nachweise der Verschleppungsabsicht nicht genügen. Dazu ist mindestens erforderlich, dass erst bei einer späteren Tagsatzung, eventuell nach abgeführten Beweisen, Thatsachen

Digitized by Google

und Beweise vorgebracht werden, welche schon in einer früheren Tagsatzung vorgebracht werden konnten. Bei geringeren Verzögerungen wird nach § 44 nur die Kostenersatzpflicht der schuldigen Partei auszusprechen sein.

4. Das zurückgewiesene Vorbringen ist in den Urtheilsthatbestand (§ 417) und in das Protokoll (§ 209) aufzunehmen. Die Zurückweisung besteht daher nicht darin, dass das Vorbringen überhaupt nicht zugelassen, sondern darin, dass dessen Berücksichtigung bei der Entscheidung, die Zulassung der Beweise für unstatthaft erklärt wird.

Die Zurückweisung ist in dem Endurtheile auszusprechen, und zwar in den Entscheidungsgründen (Wilmowski, S. 445). Es ist jedoch auch zulässig, dass diesbezüglich ein besonderer Beschluss gefasst werde.

5. Fällt dem Advocaten der Partei ein grobes Verschulden (§ 49) zur Last, so kann gegen denselben im Falle der Zurückweisung eine Ordnungsstrafe bis zum Betrage von 100 fl. (§ 220) verhängt werden. Der Ausschuss besorgte, dass die Befugnis, wegen jeder verschuldeten Verspätung, also beispielsweise auch wegen geringerer Versäumnisse und Uebersehen eine Ordnungsstrafe zu verhängen, den Process ungünstig beeinflussen werde, indem dadurch das Einvernehmen zwischen Richter und Anwalt und deren — namentlich im mündlichen Verfahren so wichtiges — intensives Zusammenwirken allzuleicht gestört werden könnte. Die Nachlässigkeit an sich gibt zur Strafe noch keinen Anlass. Es kann darauf bei der Kostenbemessung Rücksicht genommen werden, aber es geht nicht an, in diesem Umfange den Advocaten der Gefahr auszusetzen, durch einen Strafspruch des Richters sowohl dem Gegner, als auch der eigenen Partei gegenüber compromittiert zu werden (Motive des Ausschusses, S. 29). Wird das verspätete Vorbringen zugelassen und zeigt sich später die Verschleppungsabsicht und das grobe Verschulden des Advocaten, so kann dieser gemäß § 49 zum Kostenersatze verhalten werden.

Processleitung.

I. Durch den Vorsitzenden.

§ 180. Die mündliche Verhandlung wird bei Gerichtshöfen von dem Vorsitzenden des Senates, dem die Rechtssache zugewiesen ist, geleitet.

Der Vorsitzende eröffnet, leitet und schließt die Verhandlung, er ertheilt das Wort und kann es demjenigen entziehen, der seinen Anordnungen nicht Folge leistet, er vernimmt die Personen, welche zum Zwecke der Beweisführung auszusagen haben und verkündet die Entscheidungen des Senates.

Digitized by Google

Der Vorsitzende hat dafür Sorge zu tragen, dass die Sache erschöpfende Erörterung finde, die Verhandlung aber auch nicht durch Weitläufigkeit und unerhebliche Nebenverhandlungen ausgedehnt und, soweit thunlich, ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde.

1. Die dem Vorsitzenden hinsichtlich der Leitung der Verhandlung obliegenden Befugnisse und Pflichten sind in den §§ 180 bis 185 enthalten. Eine auf die Processleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden kann gemäß § 186 von den Parteien angefochten und der Entscheidung des Senates zugeführt werden, gegen welche ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zusteht. Im Verfahren vor Bezirksgerichten sind die Functionen des Vorsitzenden durch den Einzelnrichter auszuüben (§ 431). Von der Eröffnung der Verhandlung ist der Beginn der Tagsatzung durch den Aufruf der Sache (§ 133) zu unterscheiden, dieser hat der Eröffnung der Verhandlung vorauszugehen. Den Schluss der Verhandlung hat der Vorsitzende auszusprechen, wenn der Senat dieselbe für reif hiezu erachtet (§ 193); einer Beschlussfassung des Senates bedarf es hiezu nicht.

2. Zu einem geregelten Gange der Verhandlung ist es unbedingt erforderlich, dass nur derjenige spricht, der das Wort erhält und dass derjenige zu sprechen aufhört, dem das Wort entzogen wurde.

Jedem an der Verhandlung Betheiligten, den Parteien, deren Vertretern und den Richtern kann vom Vorsitzenden das Wort entzogen werden, jedoch nur dann, wenn die betreffende Person seinen Anordnungen nicht Folge leistet.

Doch ist die betreffende Verfügung des Vorsitzenden nicht dahin zu verstehen, dass durch dieselbe den Parteien die Möglichkeit benommen werden könnte, zur Sache zu verhandeln. Sie trägt immer nur einen vorübergehenden Charakter und es muss der Partei das Wort wieder ertheilt werden, wenn die Sache noch nicht erschöpfende Erörterung gefunden hat.

Eine definitive Entziehung des Wortes gegenüber der Partei hat nach § 185 die Erstreckung der Verhandlung zur Folge, wenn nicht nach § 198 deren Entfernung verfügt wird. Dem Processbevollmächtigten gegenüber kann eine definitive Entziehung des Wortes gemäß § 200 nur über Beschluss des Senates erfolgen.

3. Der Ordnung der Verhandlung zugewendet hat die Processleitung für die rasche Durchführung der Verhandlung, für deren Uebersichtlichkeit, für eine zweckmäßige Disposition des Verhandlungsstoffes, damit zugleich für die thunlichste Ver-

Digitized by Google

einfachung der Verhandlung und für die Verminderung der Processkosten zu sorgen. Im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens darf es einerseits nicht geduldet werden, dass die Verhandlung durch Weitschweifigkeiten oder durch Erörterung unerheblicher Nebenfragen ausgedehnt werde, und andererseits ist darnach zu streben, die Verhandlung wenn möglich bei derselben Tagsatzung, bei welcher sie begonnen hat, zu beenden (§ 180 Abs. 3). Denn die Zertheilung der Verhandlung auf getrennte Tagsatzungen bereitet der Durchführung des mündlichen Verfahrens die größten Schwierigkeiten. Von der Durchsichtigkeit und Uebersichtlichkeit der Verhandlung wird vielfach die Güte des richterlichen Urtheiles abhängen. Wenn in einer Verhandlung die Erörterung ruhelos von einem Streitpunkte zum anderen überspringt, Sach- und Rechtsfragen durcheinander gemengt und über die verschiedensten Angriffs- und Vertheidigungsmittel gesprochen wird, wie es gerade der Zufall und das Belieben der Parteien will, eine solche Verhandlung wird zu einer unbefriedigenden Entscheidung führen, falls die Rechtssache nur halbwegs schwieriger und ausgedehnter ist. Um ein gründliches, gutes Urtheil zu ermöglichen, wird jede solche Verwirrung ferngehalten, das Zusammengehörige vereinigt, das sachlich Besondere auch in der Verhandlung abgesondert besprochen werden müssen; je klarer und schärfer die einzelnen Streitpunkte und Processelemente in der Verhandlung herausgearbeitet werden, umso eindrucksvoller wird die Verhandlung auf den Richter wirken, umso besser dann dessen Entscheidung sein. Das mündliche Verfahren kennt wenige formelle Sonderungen; gerade deshalb ist die in dieser Richtung der Processleitung obliegende Aufgabe eine so wichtige und verantwortungsvolle (Regierungsmotive, S. 240).

Insoweit es sich um die getrennte Verhandlung über mehrere in derselben Klage geltend gemachte Ansprüche, über die vom Beklagten geltend gemachten Gegenforderungen (§ 188), über mehrere selbständige Streitpunkte, Angriffs- oder Vertheidigungsmittel bezüglich eines und desselben Streitpunktes, um die Einwendung der Unzuständigkeit des Gerichtes, der Streitanhängigkeit oder der rechtskräftig entschiedenen Streitsache handelt (§ 189) steht die diesbezügliche Verfügung auf abgesonderte Verhandlung dem Senate zu. Darüber hinaus obliegen die processleitenden Verfügungen dem Vorsitzenden. Doch dürfte eine ängstliche Sonderung der Befugnisse des Vorsitzenden und des Senates nicht nothwendig sein, nachdem gegen die Verfügungen des Vorsitzenden gemäß § 186 die Entscheidung des Senates eingeholt und die Verletzung einer das Verfahren regelnden Vorschrift nach § 196 nicht mehr geltend

Digitized by Google

gemacht werden kann, wenn sie nicht während der mündlichen Verhandlung gerügt wird, wo sodann über die Rüge der Beschluss des Senates einzuholen wäre, um derselben, wenn nothwendig, zu entsprechen. Voraussetzung der mündlichen Verhandlung ist das Anhören beider Parteien in Rede und Gegenrede. Die Reihenfolge ist nicht vorgeschrieben und insbesondere enthält das Gesetz keine Bestimmung darüber, welcher Partei das letzte Wort zusteht. Die Verhandlung ist ohne Rücksicht darauf, wer den letzten Vortrag gehalten, nach § 193 zu schließen, wenn sie der Senat für zur Entscheidung reif erachtet. Allerdings wird dies gewöhnlich dann der Fall sein, wenn keine der Parteien noch etwas vorzubringen hat.

§ *181. Wenn die Fortsetzung einer bereits begonnenen Verhandlung auf eine spätere Tagsatzung verlegt werden muss, hat der Vorsitzende nicht nur, sofern dies möglich ist, die neue Tagsatzung sofort zu bestimmen, sondern zugleich von amtswegen alle Verfügungen zu treffen, welche erforderlich sind, um die Streitsache bei der nächsten Tagsatzung erledigen zu können. Vor Erlassung solcher Verfügungen kann der Vorsitzende, wenn es ihm nöthig scheint, eine Beschlussfassung des Senates einholen.*

Es kann insbesondere den Parteien aufgetragen werden, binnen einer ihnen gleichzeitig zu bestimmenden Frist die als Beweismittel zu benützenden Urkunden zur Einsicht für den Gegner bei Gericht zu erlegen, und Namen und Wohnort einzuvernehmender Zeugen bekanntzugeben. Wenn die Partei einem solchen Auftrage in der Absicht, den Process zu verschleppen, nicht nachkommt und die geforderten Beweismittel erst bei der fortgesetzten mündlichen Verhandlung vorbringt, so kann dieses Vorbringen vom Senate auf Antrag oder von amtswegen als unstatthaft erklärt werden, falls durch dasselbe die Fortführung der Verhandlung verzögert würde.

1. Wird die Verlegung einer Tagsatzung unvermeidlich, so liegt es im richterlichen Processleitungsamte, dann wenigstens die Wiederholung derartiger Unterbrechungen hintanzuhalten. Es sind daher solchenfalls von amtswegen alle Verfügungen zu treffen, welche erforderlich sind, um die Streitsache zum mindesten bei der nächsten Tagsatzung erledigen zu können (Regierungsmotive, S. 240). Wann eine Tagsatzung verlegt werden kann, bestimmt § 134. Die Festsetzung des Tages und der Stunde der neuen Tagsatzung obliegt dem Vorsitzenden auch dann, wenn die Verlegung durch Gerichtsbeschluss erfolgt.

Die vom Vorsitzenden zu treffenden Verfügungen müssen nicht in der Verhandlung verkündet werden. Die Beschluss-

Digitized by Google

fassung des Senates kann er immer einholen, er muss dies thun, wenn es sich um Verfügungen handelt, die über seine Processleitungsbefugnis hinausgehen. Insbesondere wird sich dies bei der nach § 183 zulässigen Vornahme eines Augenscheines und der Ladung von Zeugen empfehlen, weil die Aufnahme eines Beweises gemäß § 277 von einem Beweisschlusse abhängig ist, die Einvernahme der geladenen Zeugen daher nicht stattfinden könnte, wenn der Senat diese Beweisaufnahme nicht beschließen würde.

Für die Vorlage von Urkunden können die Bestimmungen des § 82 in Anwendung kommen. Vorgeschrieben ist dies jedoch nicht.

Betreffs des Auftrages zur Vorlage von Urkunden ist das Gericht durch § 183 insofern beschränkt, als der Auftrag nur bezüglich solcher Urkunden erlassen werden kann, auf welche sich die eine oder die andere Partei berufen hat.

2. Betreffs der Folgen der Nichtbefolgung einer solchen Verfügung wird auf § 179, Anm. 2 verwiesen. Nach den Motiven der gemeinsamen Conferenz soll offenbare Verschleppungsabsicht obwalten, demnach der Partei die ihr nach den Anträgen des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses obliegende Verantwortlichkeit für grobe Nachlässigkeit erlassen sein (S. 6). Doch genügt hier schon eine Verzögerung in der Fortführung der Verhandlung — nicht Erledigung des Processes — welche Verzögerung nicht erheblich zu sein braucht. Die Entscheidung steht dem Senate zu und kann nach § 186 durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden. Die Entscheidung kann über Antrag oder von amtswegen erfolgen, letzteres wird möglichst zu vermeiden sein (§ 179, Anm. 3). Die Feststellung der offenbaren Verschleppungsabsicht (§ 51) und der Verzögerung in der Fortführung der Verhandlung ist dem freien Ermessen des Gerichtes überlassen. Das zurückgewiesene Vorbringen ist in den Urtheilsthatbestand (§ 417) und in das Protokoll (§ 209) aufzunehmen (§ 179, Anm. 4).

Wegen groben Verschuldens des Parteienvertreters darf derselbe nicht zu einer Ordnungsstrafe verurtheilt werden, wohl aber kann demselben, wenn das Vorbringen zugelassen wird, gemäß § 49 der Ersatz der dadurch verursachten Kosten auferlegt werden.

§ 182. Der Vorsitzende hat bei der mündlichen Verhandlung durch Fragestellung oder in anderer Weise darauf hinzuwirken, dass die für die Entscheidung erheblichen thatsächlichen Angaben gemacht oder ungenügende Angaben über die zur Begründung

Digitized by Google

oder Bekämpfung des Anspruches geltend gemachten Umstände vervollständigt, die Beweismittel für diese Angaben bezeichnet oder die angebotenen Beweise ergänzt und überhaupt alle Aufschlüsse gegeben werden, welche zur wahrheitsmäßigen Feststellung des Thatbestandes der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche nothwendig erscheinen.

Wenn eine Partei in ihrem Vortrage von dem Inhalte eines von ihr überreichten vorbereitenden Schriftsatzes abweicht oder wenn die Vorträge der Parteien mit sonstigen von amtswegen zu berücksichtigenden Processacten nicht im Einklange stehen, hat der Vorsitzende darauf aufmerksam zu machen. Ebenso hat er die Bedenken hervorzuheben, welche in Ansehung der von amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.

Außer dem Vorsitzenden können auch die anderen Mitglieder des Senates an die Parteien die zur Ermittlung des Streitverhältnisses und zur Feststellung des Thatbestandes geeigneten Fragen richten.

1. Welches Recht die Parteien angriffs- oder vertheidigungsweise geltend machen, über welche Ansprüche sie vom Gerichte ein Urtheil begehren wollen, das muss ihnen überlassen bleiben. Soweit es sich um verzichtbare Privatrechte handelt, können daher nur die Parteien über Inhalt und Ausdehnung der Sachanträge bestimmen; in Ansehung dieser Anträge wird die richterliche Processleitung über eine gewisse Erläuterungs-, Aufklärungsbefugnis nicht hinausgehen dürfen. Die Sachanträge der Parteien enthalten nun ein Doppeltes: neben dem, dass sie den Gegenstand der richterlichen Entscheidung — autoritativ — bezeichnen, bringen sie das Verlangen nach gerichtlichem Rechtsschutze zum Ausdrucke, nach Schutz im Genusse oder in der Ausübung des dem Gerichte zu gleicher Zeit von der Partei bezeichneten Rechtes. Mit diesem Rechtsschutzverlangen werden sich ziemlich regelmäßig der Wunsch und die Hoffnung verbinden, es möge nunmehr seitens des Gerichtes geschehen, was nach Lage der Sache nothwendig ist, um der durch den Gegner gestörten oder bedrohten Rechtslage zur Anerkennung zu verhelfen. Soferne diese Anerkennung und damit die Rechtsschutzgewährung von bestimmten Thatsachen-Feststellungen abhängt, ist daher in jenem Verlangen von selbst der Wunsch inbegriffen, dass bei der Entscheidung alle für die begehrte Zuerkennung des Rechtes irgendwie erheblichen und bedingenden Sachverhalts-Momente berücksichtigt würden. In erster Linie wird die Partei dabei an die von ihr selbst vorzubringenden Anführungen und Beweise denken, aber im Grunde ihres eigenen Begehrens kann sie maßgebende

Digitized by Google

wichtige Thatsachen nicht deshalb allein von der richterlichen Berücksichtigung ausschließen wollen, weil nicht gerade sie diese Thatsachen dem Richter dargeboten: je mehr es ihr um ein günstiges Urtheil zu thun, umsoweniger wird sie dagegen einzuwenden haben, im Sammeln und Feststellen der processerheblichen Thatsachen vom Richter unterstützt zu werden. Namentlich die rechtsunkundige Partei wird auch in dieser Richtung vom Richter vertrauensvoll Hilfe erwarten (Regierungsmotive, S. 240).

2. Es ist die Pflicht des Vorsitzenden, sich des ihm zustehenden Fragerechtes in vollem Umfange zu bedienen (R. G. Leipzig, X, S. 405). Die Ausübung desselben ist im allgemeinen dessen freier Beurtheilung überlassen. Es kann dem Richter nicht zugemuthet werden, durch Fragestellung Behauptungen zu provocieren, die er keinen Anlass hat, für begründet zu halten, und wenn er daher aus dem Schweigen einer Partei die Folgerung ableitet, dass sie gewisse Thatsachen nicht behaupten könne, so ist hierin eine Verletzung des § 182 nicht zu erblicken. Anders ist es jedoch, wenn der Richter einen in Frage stehenden Anspruch als begründet erachtet und nur deshalb glaubt, an einer sachgemäßen Entscheidung verhindert zu sein, weil gewisse Thatsachen, die vorgebracht werden konnten, wegen Verkennung der maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte oder aus einem sonstigen Versehen nicht vorgebracht wurden. Wenn in Fällen solcher Art der Richter sich begnügt, wegen Unvollständigkeit des thatsächlichen Vorbringens den Anspruch abzuweisen, statt, wie es ihm § 182 zur Pflicht macht, durch Fragestellung darauf hinzuwirken, dass alle für die Feststellung des Thatbestandes erheblichen Erklärungen abgegeben werden, so irrt er nicht bloß in der Anwendung des § 182, sondern verkennt principiell die Pflichten, welche ihm derselbe auferlegt (R. G. Leipzig, VIII, S. 371). Eine Zurückweisung des Anspruches wegen mangelhafter Feststellung des Thatbestandes ist erst zulässig, wenn das Fragerecht erfolglos ausgeübt wurde. Die Unterlassung der Fragestellung kann gemäß § 496 zur Behebung des Urtheiles führen.

3. Neben dem Vorsitzenden können auch die beisitzenden Richter (Mitglieder des Senates) geeignete Fragen an die Parteien richten. Der Vorsitzende ertheilt ihnen hiezu das Wort (§ 180), ungeeignete Fragen kann der Vorsitzende auf Grund seiner Processleitungsbefugnis zurückweisen, werden Fragen des Vorsitzenden oder eines Mitgliedes des Senates von einer der Parteien als unzulässig bestritten, so entscheidet gemäß § 186 der Senat. Die Verweigerung der Antwort steht der Partei jeder-

Digitized by Google

zeit frei. Welchen Einfluss es auf die Beurtheilung des Falles hat, wenn eine Partei die Beantwortung von Fragen verweigert, hat das Gericht gemäß § 272 nach freier Ueberzeugung zu beurtheilen.

4. Außer dem Fragerechte und der Rechtsbelehrung hat der Vorsitzende auch noch die Pflicht, darauf aufmerksam zu machen, wenn ein Parteienvortrag mit dem Inhalte der von dieser Partei überreichten Schriftsätze oder der von amtswegen zu berücksichtigenden Verhandlungsprotokolle nebst Beilagen (§ 217), der Protokolle über ein vorbereitendes Verfahren oder eine Beweisaufnahme nicht im Einklange steht. Er hat ferner darauf aufmerksam zu machen, wenn Bedenken in Ansehung der von amtswegen zu berücksichtigenden Unzulässigkeit des Rechtsweges, Streitanhängigkeit, Rechtskraft eines die Streitsache betreffenden Urtheiles (§ 240), Unzuständigkeit (§ 104 J. N.), des Mangels der Processfähigkeit, gesetzlichen Vertretung oder besonderen Ermächtigung zur Processführung (§ 6), des Mangels der Vollmacht (§ 37) obwalten.

Es erscheint daher unzulässig, wegen solcher von amtswegen zu berücksichtigender Umstände in der mündlichen Verhandlung einen Beschluss zu fassen, bevor nicht die Parteien auf die obwaltenden, ihnen entgangenen Bedenken aufmerksam gemacht worden sind und dadurch Gelegenheit zur Vertheidigung oder Bekämpfung erhalten haben. Die processleitenden Verfügungen des zweiten Absatzes stehen nur dem Vorsitzenden, nicht auch den Mitgliedern des Senates zu. Wird eine solche Verfügung vom Senate beschlossen oder ergeben sich solche, früher nicht erörterte, Bedenken nach Schluss der Verhandlung, so ist die Wiedereröffnung der Verhandlung zu verfügen.

§ 183. Behufs Erfüllung der dem Vorsitzenden nach § 182 obliegenden Verpflichtungen kann der Vorsitzende insbesondere:

1. die Parteien zum persönlichen Erscheinen bei der mündlichen Verhandlung auffordern;

2. verfügen, dass die Parteien in ihren Händen befindliche Urkunden, auf welche sich die eine oder die andere berufen hat, Acten, Auskunftssachen oder Augenscheinsgegenstände, ferner Stammbäume, Pläne, Risse und sonstige Zeichnungen und Zusammenstellungen vorlegen und eine bestimmte Zeit bei Gericht belassen;

3. die Herbeischaffung der bei einer öffentlichen Behörde oder bei einem Notar verwahrten Urkunden, auf welche sich eine

Digitized by Google

der Parteien bezogen hat, der Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände veranlassen;

4. die Vornahme eines Augenscheines unter Zuziehung der Parteien und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen, sowie Personen als Zeugen laden, von welchen nach der Klage oder dem Gange der Verhandlung Aufklärung über erhebliche Thatsachen zu erwarten ist.

Diese Verfügungen können jedoch vom Vorsitzenden in Ansehung von Urkunden und Zeugen nicht getroffen werden, wenn sich beide Parteien dagegen erklären.

Solche Erhebungen können selbst vor Beginn der mündlichen Verhandlung angeordnet werden, wenn zu besorgen ist, dass sich andernfalls für die Entscheidung wichtige Umstände nicht mehr feststellen ließen oder ein Beweismittel später nicht mehr oder doch nur unter erheblich schwereren Bedingungen benützt werden könnte.

1. Unter Partei ist hier im Gegensatz zu ihrem Bevollmächtigten die Partei selbst, wenn sich aber deren gesetzlicher Vertreter durch einen Bevollmächtigten vertreten lässt, auch der gesetzliche Vertreter zu verstehen. Der Richter kann die Partei zum persönlichen Erscheinen auffordern, nicht aber ihr Erscheinen erzwingen (Motive des Ausschusses, S. 32). Ist eine schriftliche Ladung nothwendig, so hat diese an den Processbevollmächtigten (§ 93) und nicht an die Partei zu erfolgen. Zweck der persönlichen Vorladung kann nur die vorschriftsmäßige Feststellung des Thatbestandes sein, nicht die Feststellung, ob die Erklärungen des Bevollmächtigten den Intentionen der Partei entsprechen. Hat das Gericht aus dem klaren Vortrage des Bevollmächtigten oder der Sachlage nicht Grund anzunehmen, dass die Partei mehr weiss, als der Bevollmächtigte, so ist für weitere Aufklärung kein Raum. Ein besonderer Anlass zur Anwendung des § 183 wird vorhanden sein, wenn der Bevollmächtigte nicht in der Lage ist, sich über die zur Klarstellung des Sachverhältnisses an ihn auf Grund des § 182 gerichteten Fragen zu äußern, oder wenn der Vortrag des Bevollmächtigten sich in Widersprüchen bewegt, die durch Befragung der Parteien aufzuklären möglich sein kann (Wilmowski, S. 234). Die Folgen des Nichterscheinens sind nicht die des Ausbleibens. Die Aufforderung zum persönlichen Erscheinen kann zwar erfolgen, wenn voraussichtlich der Beweis durch die Vernehmung der Parteien zugelassen werden dürfte, erscheint aber die Partei über Aufforderung des Vorsitzenden nicht, so ist sie neuerlich unter Mittheilung der Thatsachen zu laden, über welche sie befragt werden soll (§ 375). Erst bei

Digitized by Google

ihrem neuerlichen Ausbleiben hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurtheilen, welchen Einfluss dies auf die Herstellung des Beweises habe (§ 381). Das Nichterscheinen der Partei über Ladung des Vorsitzenden kann daher nur die Folge haben, dass dieselbe gemäß § 142 über Antrag des Gegners zum Kostenersatze verhalten werden kann. Andererseits hat die erschienene Partei gemäß § 42 Anspruch auf Ersatz der Zeitversäumnis und Reiseauslagen.

2. Betreffs des Verhältnisses der erschienenen Partei zu ihrem Bevollmächtigten gelten die Bestimmungen des § 34 (Anm. 2) Die Vernehmung der so geladenen und erschienenen Partei, ihre Antworten auf die ihr vorgelegten Fragen, ihre Sachdarstellung haben nicht bloß eine Bedeutung für den Beweis, sondern auch insoferne, als sich daraus ergibt, was die Partei selbst für wahr ansieht, was sie in dem Processe zur Begründung ihrer Anträge behaupten will. Wollte nun, nachdem die Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses geladen ist, und nachdem sie sich hierauf ausgesprochen hat, der Anwalt von der Sachdarstellung der Partei abweichen, das, was diese in Abrede gestellt hat, behaupten und unter Beweis stellen, und wäre der Processrichter gebunden, den Anführungen des Vertreters zu folgen, in eine Prüfung seiner von der Darstellung der Partei abweichenden Behauptungen einzutreten, Beweis zu erheben, so wäre damit der Zweck des § 183 zu einem erheblichen Theile vereitelt (R. G. Leipzig, X, S. 424).

3. Nur solche Urkunden, auf welche sich eine der Parteien berufen hat, und welche sich in den Händen dieser Partei oder ihres Gegners befinden, hat das Gesetz im Auge. Es sind doch Fälle denkbar, in welchen beide Parteien mit gutem Grunde Urkunden, wiewohl dieselben mit dem Rechtsstreite im Zusammenhange stehen mögen, nicht vor das Gericht ziehen wollen.

Dasselbe gilt auch von Zeugen. Eine Menge von nicht übersehbaren Verhältnissen des Privatlebens, Rücksichten auf Thatsachen des Familienlebens etc. kommen hier in Betracht. Bei der Verfolgung von Privatrechtsstreitigkeiten muss es zulässig bleiben, dass die Streittheile gewisse Kampfesmittel ausschließen, wenn beide es so wollen. Es erschien sohin dem Ausschusse ungerechtfertigt, den Richter in Verhältnisse eingreifen zu lassen, welche die Streittheile unberührt lassen wollen, und deswegen schied hier der Ausschuss jene Urkunden aus, auf welche sich keine der Parteien bezogen hat. Er brachte es besonders zum Ausdruck, dass Urkunden und Zeugen nicht herangezogen werden können, wenn beide Par-

Digitized by Google

teien diese Beweismittel ausschließen, beziehungsweise nicht benützen wollen. Es bleibt ja dem Richter unbenommen, die Parteien auf Urkunden oder Zeugen, auf die sie sich nicht berufen, in ihrem Interesse aufmerksam zu machen und es wird dann gewiss eine der Parteien einen Antrag auf Producierung der Urkunden oder Vorladung der Zeugen stellen. Thut sie es dennoch nicht, dann liegen offenbar Gründe vor, welche unbedingt beachtet werden müssen und die ein anderweitiges Eingreifen des Richters ausschließen (Motive des Auschusses, S. 30).

4. Unter Acten im Gegensatze zu Urkunden werden nur solche zu verstehen sein, welche bei der Verhandlung und Entscheidung bereits benützt worden sind. Informationen, Correspondenzen der Partei mit ihrem Bevollmächtigten, Privatgeheimnisse können zurückbehalten werden. Acten, Augenscheinsgegenstände und Auskunftssachen (§ 318) müssen sich in den Händen einer der Parteien befinden. Dies gilt aber nicht von Stammbäumen, Plänen, Rissen und sonstigen Zeichnungen und Zusammenstellungen, welche den Parteien vom Gerichte nicht nur abgefordert werden können, wenn und soweit sie sich bereits in den Händen der Parteien befinden, sondern es kann auch einer Partei die Anfertigung solcher Veranschaulichungsmittel aufgetragen werden, falls dies zum klaren Verständnisse eines Vortrages oder sonst zur Aufklärung erforderlich erscheint (Regierungsmotive, S. 240). Die Folgen der Nichtvorlage bestehen nach § 181 bei offenbarer Verschleppungsabsicht in dem Ausschlusse dieser Beweismittel, nach § 142 in der Kostenersatzpflicht.

5. Die Herbeischaffung der bei einer öffentlichen Behörde oder einem Notare verwahrten Urkunden ist an die Bedingung des § 229 gebunden, dass sich die Partei dieselben nicht zu verschaffen vermag, und die Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände der Ziffer 3 sind solche, welche sich in den Händen einer Behörde oder eines Notars oder einer dritten Person befinden, denn für die Herbeischaffung der in den Händen der Parteien befindlichen Gegenstände solcher Art sind die Vorschriften in Ziffer 2 enthalten. Der vom Vorsitzenden zu erlassende Auftrag, dessen Nichtbefolgung für den Dritten keine Rechtsfolgen hat, ist daher von dem gemäß § 308, 318 vom Senate nach Anhörung des Gegners und des angeblichen dritten Besitzers der Urkunde zu erlassenden Editionsauftrage zu unterscheiden. Zulässig wird es auch sein, nicht nur bestimmte Urkunden, sondern auch ganze Acten, ohne bestimmte Bezeichnung einzelner Urkunden, herbeizuschaffen, und es wird weiters die Bedingung des § 229 nicht so enge auszulegen

Digitized by Google

sein, dass Urkunden und Acten nur dann beigeschafft werden dürfen, wenn sich die Partei dieselben auch nicht in Form eines Amtszeugnisses oder Duplicates zu verschaffen vermag. Die Beschränkung bezieht sich vielmehr nur auf Grundbuchsauszüge, Taufscheine, Notariatsactsausfertigungen u. s. w., betreffs welcher auch vom Gerichte erst die Ausfertigung verlangt werden müsste.

Die vom Vorsitzenden zu verfügende Vornahme eines Augenscheines (§ 368) ist gleichwie die Begutachtung durch Sachverständige (§ 351) von dem Willen der Parteien unabhängig (§ 363).

6. Der Vorsitzende kann jedoch diese Beweisaufnahme nur anordnen, die Zeugen nur laden und dies gilt auch für die nach dem Schlussatze vor der mündlichen Verhandlung anzuordnenden Erhebungen; denn die gemeinsame Conferenz hat (Motive, S. 6) die Befugnis des Vorsitzenden, für sich einen Augenschein vorzunehmen und Zeugen abzuhören, beseitigt und dem Vorsitzenden nur den Anstoß zu solchen Beweisaufnahmen belassen, die dann im Sinne der Unmittelbarkeit des Verfahrens in der Regel vor dem erkennenden Gerichte stattfinden müssen.

7. Alle nach § 183 dem Vorsitzenden zustehenden Befugnisse können von amtswegen ausgeübt werden, ohne die Anträge einer Partei abzuwarten. Soweit dieselben nicht erfolgen, um im Sinne des § 181 die nächste Tagsatzung vorzubereiten und eine neuerliche Verlegung derselben hintanzuhalten, sind sie Ausnahmsverfügungen, bei welchen sich der Vorsitzende einerseits die den Parteien etwa wider ihren Willen hiedurch erwachsenden Mehrkosten, andererseits die betreffs der Beweiszulassung und der Beweisaufnahme dem Senate zustehenden Befugnisse vor Augen zu halten, daher gemäß § 181 in solchen Fällen eine Beschlussfassung des Senates einzuholen haben wird, damit nicht etwa die mit Kosten verbundenen Verfügungen des Vorsitzenden durch einen Beschluss des Senates gegenstandslos würden.

§ 184. Jede Partei kann zur Aufklärung des Sachverhaltes über alle den Gegenstand des Rechtsstreites oder der mündlichen Verhandlung betreffenden, für die Processführung erheblichen Umstände und insbesondere auch über das Vorhandensein und die Beschaffenheit der zur Processführung dienlichen Urkunden, Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände an die anwesende Gegenpartei oder deren Vertreter Fragen durch den Vorsitzenden stellen lassen oder mit dessen Zustimmung unmittelbar selbst stellen.

Wird eine Frage vom Vorsitzenden als unangemessen zurückgewiesen oder die Zulässigkeit einer Frage vom Gegner bestritten, so kann die Partei darüber die Entscheidung des Senates begehren.

Digitized by Google

1. Das Fragerecht der Partei steht auch ihrem gesetzlichen Vertreter (§ 5) und Bevollmächtigten zu. Es kann nur der Gegenpartei oder deren Vertreter gegenüber ausgeübt werden, nicht gegen den eigenen Streitgenossen oder Nebenintervenienten. Zulässig sind nur solche Fragen, welche den Gegenstand des Rechtsstreites oder der mündlichen Verhandlung betreffen und erhebliche Umstände zum Gegenstande haben. Fragen über unerhebliche Umstände oder über Umstände, welche nicht zur Sache gehören, sind zurückzuweisen. Wegen der Fragestellung hat sich die Partei an den Vorsitzenden zu wenden. Sache der Processleitungsbefugnis desselben ist es, die Zeit zu bestimmen, wann die Frage der Gegenpartei zur Beantwortung vorzulegen ist, was bis zur Beendigung der Fragestellung durch den Vorsitzenden und die Senatsmitglieder aufgeschoben werden kann.

Die befragte Partei kann die Zulässigkeit der Frage bestreiten oder die Antwort verweigern. Ueber die Zulassung einer vom Vorsitzenden zurückgewiesenen Frage oder einer vom Gegner als unzulässig bestrittenen Frage entscheidet über Antrag der fragestellenden Partei der Senat, gegen dessen Entscheidung ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zusteht.

Die Verweigerung der Beantwortung einer mit Zustimmung des Vorsitzenden oder des Senates gestellten Frage hat nach § 272 das Gericht bei der Entscheidung nach freier Ueberzeugung zu würdigen.

§ 185. Ist eine ohne Bevollmächtigten zur mündlichen Verhandlung erschienene Partei einer verständlichen Aeußerung über den Gegenstand des Rechtsstreites oder der mündlichen Verhandlung nicht fähig, so ist die Tagsatzung vom Vorsitzenden auf thunlichst kurze Zeit zu erstrecken und die betreffende Partei anzuweisen, bei der neuerlichen Tagsatzung unter Vertretung eines geeigneten Bevollmächtigten, erforderlichenfalls eines Advocaten zu erscheinen, widrigens sie als ausgeblieben angesehen werden würde. Eine wiederholte Erstreckung der Tagsatzung kann aus diesem Grunde nicht stattfinden.

Die vorstehenden Bestimmungen haben auch dann sinngemäße Anwendung zu finden, wenn der Bevollmächtigte einer Partei einer verständlichen Aeußerung über den Gegenstand des Rechtsstreites oder der mündlichen Verhandlung unfähig ist und entweder die Partei selbst nicht anwesend ist oder die Verhandlung mit ihr mit Rücksicht auf die Bestimmungen des § 27, Abs. 1, nicht durchgeführt werden kann. Wenn ein solches Hindernis in Bezug auf den gesetzlichen Vertreter einer Partei eintritt, hat der Vorsitzende zugleich wegen Bestellung eines geeigneten Bevollmächtigten die erforderlichen Aufträge zuertheilen.

Digitized by Google

Unter den Parteien sind hier auch die gesetzlichen Vertreter zu verstehen (§ 5). Die Unfähigkeit zu einer verständlichen Aeußerung kann in einem körperlichen oder geistigen Mangel ihren Grund haben, muss aber, um nach § 185 beurtheilt werden zu können, die Folge eines dauernden Zustandes sein. Vorübergehende Unfähigkeit zu einer verständlichen Aeußerung: Trunkenheit, Unwohlsein, berechtigt das Gericht zu einem Auftrage im Sinne des § 185 nicht. In einem solchen Falle genügt die Erstreckung der Tagsatzung, ohne dass die Partei zur Bestellung eines Bevollmächtigten anzuweisen wäre. In den Fällen des relativen Anwaltszwanges (§ 29) wird die einer verständlichen Aeußerung unfähige Partei zur Bestellung eines Advocaten als Vertreter anzuweisen sein (Friedländer Gerichtszeitung 1896, Nr. 16).

Erscheint die Partei mit einem Bevollmächtigten, so ist die Erstreckung der Tagsatzung wegen vorübergehender Unfähigkeit der Partei zur Abgabe einer verständlichen Aeußerung nach § 134 zu beurtheilen, wegen dauernder Unfähigkeit aber unzulässig.

Erscheint die Partei, welche selbst einer verständlichen Aeußerung fähig ist, mit einem Bevollmächtigten, der hiezu nicht fähig ist, so hat dies im Parteienprocesse keine weiteren Folgen, während im Anwaltsprocesse die Tagsatzung zu erstrecken und die Partei unter Androhung der Versäumnisfolgen anzuweisen ist, bei der nächsten Tagsatzung mit einem anderen Advocaten zu erscheinen. Dieser Beschluss, dessen Ueberprüfung durch den Senat die Partei verlangen kann, braucht den Parteien nicht schriftlich zugestellt zu werden, weil gegen denselben ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zusteht.

§ 186. Wird eine auf die Processleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden oder eine vom Vorsitzenden oder einem Mitgliede des Senates gestellte Frage von einer der an der Verhandlung betheiligten Personen als unzulässig bestritten, so entscheidet über solchen Widerspruch der Senat.

Gegen die Entscheidung des Senates ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig. Gleiches gilt von den gemäß §§ 179 Abs. 1, 181, Abs. 2, und 184, Abs. 2, ergehenden Entscheidungen des Senates.

1. Nur auf die Processleitung bezügliche Anordnungen, nicht Anordnungen zur Aufrechthaltung der Ordnung, und nur solche Anordnungen des Vorsitzenden, welche in der mündlichen Verhandlung getroffen werden, können neben den Fragen nach § 186 durch Bestreitung vor den Senat gebracht werden,

Digitized by Google

dazu gehört auch die Ertheilung und Entziehung des Wortes, Einschränkung der Parteienvorträge auf einzelne, nach Ansicht des Vorsitzenden allein wesentliche Punkte. Die Bestreitung kann nur wegen Unzulässigkeit, nicht auch wegen Unzweckmäßigkeit oder aus anderen Gründen erfolgen. Was unzulässig ist, muss nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen beurtheilt werden.

2. Unter den an der Verhandlung betheiligten Personen sind außer den Parteien, ihren Vertretern und Bevollmächtigten auch die Nebenintervenienten, Zeugen und Sachverständigen zu verstehen, nicht aber die Mitglieder des Gerichtes. Die Vorschriften des § 323 über die Verweigerung des Zeugnisses und die Vorschriften des § 353 über die Enthebung eines Sachverständigen benehmen dem Zeugen oder Sachverständigen nicht das Recht, die Zulässigkeit einzelner Anordnungen oder Fragen zu bestreiten.

Gegen processleitende Verfügungen sind abgesonderte Rechtsmittel ausgeschlossen. Die vom Vorsitzenden des Senates außerhalb der mündlichen Verhandlung gefassten Beschlüsse können, sofern nichts anderes angeordnet ist, durch Recurs angefochten werden. Die Anfechtung ist unstatthaft, wenn nicht früher die Abänderung beim Gerichtshofe beantragt wurde (§ 516).

2. Durch den Senat.

§ 187. Sind bei einem Gerichte mehrere Rechtsstreite anhängig, die zwischen den nämlichen Personen geführt werden oder in welchen die nämliche Person verschiedenen Klägern oder verschiedenen Beklagten als Processgegner gegenübersteht, so können diese Processe, wenn dadurch voraussichtlich deren Erledigung vereinfacht oder beschleunigt oder der Aufwand für die Kosten der Processführung vermindert werden wird, durch Beschluss des Senates zur gemeinsamen Verhandlung verbunden werden.

Mit einem gemeinschaftlichen Urtheile können jedoch nur Rechtsstreite zwischen denselben Parteien entschieden werden.

1. Die mehreren Processe müssen anhängig sein und zwar bei demselben Gerichte, wenn auch nicht vor demselben Senate. Bei Gerichtshöfen, welche neben der allgemeinen Gerichtsbarkeit auch noch die Handels- oder Berggerichtsbarkeit ausüben, wird die Verbindung von Handels- oder Bergprocessen mit solchen der allgemeinen Gerichtsbarkeit unzulässig erscheinen. Zweck der Verbindung ist Vereinfachung der Erledigung, Beschleunigung der Erledigung oder Vermin-

Digitized by Google

derung der Kosten. Eine Verbindung kann beispielsweise bei Erhebung einer Widerklage von Vortheil sein (Regierungsmotive, S. 241). Aber auch zur Vermeidung wiederholter Beweisaufnahmen wird sich die Verbindung empfehlen. Dass die Voraussetzungen einer Streitgenossenschaft (§ 11) vorliegen, ist nicht erforderlich.

2. Die Wirkung der Verbindung ist, dass die verbundenen Streitsachen so zu behandeln sind, als wären sie mit einer Klage geltend gemacht worden, ohne dass jedoch die Verbindung zurückwirkt. Mehrere Kläger oder mehrere Geklagte sind daher von dem Zeitpunkte der Verbindung an als Streitgenossen zu behandeln. Die Verbindung hat der Senat zu beschließen. Eine mündliche Verhandlung ist nicht vorgeschrieben, es kann die Verbindung auch bei Erledigung der Klage beschlossen werden (§ 11, Anm. 7). Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 192).

3. Sind die verbundenen Processe zwischen denselben Parteien anhängig, so sind sie durch ein Urtheil zu entscheiden (§ 404), sofern sie nicht vor der Urtheilsfällung wieder getrennt worden sind oder einer derselben früher zur Entscheidung reif war und daher nach § 390 schon früher entschieden worden ist.

§ 188. Der Senat kann anordnen, dass über mehrere in derselben Klage erhobene Ansprüche getrennt verhandelt werde. Ebenso kann eine getrennte Verhandlung über die vom Beklagten geltend gemachten Gegenforderungen angeordnet werden.

1. Der § 188 betrifft lediglich das Verfahren, nämlich die Verhandlung in einem getrennten Processe. Absatz 1 setzt voraus, dass mehrere Klagsansprüche erhoben sind (R. G. Leipzig, V, S. 380). Als Anspruch (§ 11, Anm. 6) im Sinne der Civilprocessordnung darf nur etwas gelten, worüber demnächst auch eine rechtskräftige Entscheidung ergehen kann (R. G Leipzig, XV, S. 421). Mehrere Ansprüche werden in derselben Klage erhoben im Falle der subjectiven (§ 11) oder objectiven (§ 227) Klagenhäufung, auch wenn für mehrere Kläger oder mehrere Beklagte Einheit der Obligation oder ein solidarisches oder Correalverhältnis besteht oder behauptet wird; da immerhin jeder der mehreren Kläger einen, wenngleich mit anderen gemeinschaftlich zu verfolgenden Anspruch behauptet, bezw. gegen jeden der mehreren Beklagten ein Anspruch geltend gemacht wird (Wilmowski, S. 237). Der Feststellungsantrag im Sinne der §§ 236, 259 ist als besonderer Streitpunkt nach § 189 zu behandeln, da er nach § 393 durch Zwischenurtheil

Digitized by Google

zu entscheiden ist. Die Verweisung zur getrennten Verhandlung muss vor Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgen, doch braucht dem Beschlusse eine mündliche Verhandlung nicht vorauszugehen, ja es kann derselbe auch in Erledigung der Klage erfolgen (§ 11, Anm. 7). Gegen die Trennung der Verhandlung ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 192).

2. Durch die Trennung entstehen zwei oder mehrere selbständige Processe, die betreffs der Tagsatzungen, Fristen, Schriftsätze, Beweise, Beschlüsse, Urtheile und Rechtsmittel vom Zeitpunkte der Trennung bis zu ihrer nach § 192 stets zulässigen Wiedervereinigung ganz unabhängig von einander weitergeführt werden. Die Entscheidung erfolgt mittels Endurtheiles, da nach § 391 im Gegensatze zu den Bestimmungen früherer Entwürfe nur im Falle der Anerkennung ein Theilurtheil zu erlassen ist.

3. Damit die Compensationseinrede nicht zur Processchicane benüzt werde, sind schon im a. b. G. B. in den §§ 1438 ff. die nothwendigen Erfordernisse der Compensation festgesetzt worden. An diesen Bestimmungen wird durch die Civilprocessordnung nichts geändert. Diese lässt nur die getrennte Verhandlung über die Gegenforderung ohne Rücksicht auf die größere oder geringere Liquidität derselben und ohne Rücksicht darauf zu, ob sie mit der Klageforderung in rechtlichem Zusammenhange (§ 391) steht oder nicht. Voraussetzung ist aber, dass es sich um gleichartige Forderungen, also um Ansprüche aus obligatorischen Verhältnissen handelt. Andere Gegenansprüche, z. B. die Gegenansprüche des redlichen Besitzers gegen die Vindicationsklage (Wilmowski, S. 239), Retentionsrechte sind Vertheidigungsmittel gegen den Klagsanspruch und zur getrennten Verhandlung nicht geeignet. Nachdem die Widerklage nur im Wege der Vereinigung nach § 187 zur gemeinsamen Verhandlung mit dem Klagsanspruche verbunden werden kann, handelt es sich hier nur um die eigentliche Compensationseinrede. Mit Rücksicht auf die Bestimmungen des § 391, welche den Vorgang regeln, wenn die Verhandlung über den Klagsanspruch zur Entscheidung reif ist, in welchem Falle ein Theilurtheil zu erlassen und die Verhandlung über die Gegenforderung ohne Unterbrechung fortzuführen ist, wird § 188 nur dann zur Anwendung kommen, wenn weder über die Klagsforderung noch über die Gegenforderung eine Entscheidung getroffen werden kann. Gegen die Trennung ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 192).

4. Die Wirkung der getrennten Verhandlung ist dieselbe wie bei der Trennung mehrerer Klagsansprüche (Anm. 2). Die

Digitized by Google

Parteistellung bleibt dieselbe, wie sie vor der Trennung war. Die Compensationseinrede bleibt als Einrede gegen die Klage im getrennten Processe zu verhandeln und zu entscheiden, wie dies auch aus § 391 klar hervorgeht.

Wird vorerst über den Klagsanspruch allein entschieden, so kann der Beklagte in der Verhandlung über die Einrede nicht bloß die Feststellung seiner Gegenforderung, sondern auch die Aufhebung des früher ergangenen Urtheiles, eventuell die Rückstellung des etwa von ihm auf Grund des früheren Urtheiles Bezahlten beantragen. Ist die Verhandlung über die Compensationseinrede vor der Verhandlung über den Klagsantrag zur Entscheidung reif und ist die Compensationseinrede zu verwerfen, so kann dies sofort erfolgen. Ist aber der Compensationseinrede stattzugeben, so wird es zweckmäßig sein, mit der Entscheidung zu warten, bis die Verhandlung über die Klagsforderung spruchreif ist, damit zunächst der Klagsanspruch festgestellt werde. Dies kann durch Wiedervereinigung der Verhandlungen oder durch Aussetzen des Verfahrens nach § 190 erfolgen. Die Entscheidung selbst hat immer durch Endurtheil zu erfolgen.

§ 189. Ergeben sich bei der Begründung oder bei der Bekämpfung eines und desselben Anspruches mehrere selbständige Streitpunkte oder werden in Ansehung desselben Anspruches mehrere selbständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend gemacht, so kann der Senat anordnen, dass die Verhandlung zunächst auf einen oder einige dieser Streitpunkte beschränkt werde.

Insbesondere kann, wenn die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes, der Streitanhängigkeit oder der rechtskräftig entschiedenen Streitsache erhoben wird, vom Senate verfügt werden, dass zunächst über diese Einreden abgesondert verhandelt werde.

1. Die der Anordnung über die Sonderung der Streitpunkte beigefügten explicativen Bestimmungen weisen darauf hin, dass das Gericht bei der Sonderung der Streitpunkte von dem naturgemäßen Vorschreiten von den Ausführungen des Klägers zu den Ausführungen des Beklagten abgehen und denjenigen Streitpunkt zuerst zur Verhandlung bringen kann, durch dessen voraussichtliche Erledigung der ganze Rechtsstreit erledigt würde, oder dessen Erledigung die Grundlage der weiteren Verhandlung bilden soll. Diese Bestimmungen dürften zugleich die Verschiedenheit zwischen der Sonderung von Streitpunkten — auf welche die Verhandlung zunächst beschränkt wird — und der Trennung von Verhandlungen deutlicher hervortreten lassen (Motive der Regierungsvorlage v. J. 1881, S. 62).

Digitized by Google

2. Selbständige Streitpunkte oder selbständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel müssen für sich allein geeignet sein, ohne Rücksicht auf andere Anführungen die richterliche Anerkennung des Anspruches (oder eines Theiles desselben) oder dessen Ablehnung unmittelbar zu beeinflussen, m. a. W. die Wirksamkeit derselben auf die zu erlassende Entscheidung ist von anderen thatsächlichen oder rechtlichen Momenten unabhängig (Wilmowski, S. 243). Zu den selbständigen Streitpunkten gehören besonders die Feststellungsansprüche nach §§ 236, 259 sowie der Grund des Klagsanspruches zum Unterschiede von dem Betrage des Anspruches, welche Streitpunkte nach § 393 selbständig durch Zwischenurtheil entschieden werden können.

Zu den selbständigen Vertheidigungsmitteln gehören die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Unzuständigkeit, der Streitanhängigkeit und der entschiedenen Streitsache, welche nach § 261, selbständig durch Beschluss zu erledigen sind.

Ob jedoch dem Ableugnen des Vorhandenseins einer Processvoraussetzung solche Wirkung beizulegen sei, darüber hat das Gericht in Würdigung der Beschaffenheit des einzelnen Streitfalles zu urtheilen; bei dieser Beurtheilung wird insbesondere auch auf die der Einwendung prima facie zukommende Wahrscheinlichkeit zu achten sein (Regierungsmotive, S. 241). Der Beschluss kann in der mündlichen Verhandlung, aber auch vor derselben (§§ 260, 243) erfolgen, derselbe kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 192).

3. Die Wirkung der Absonderung ist nicht jene der Trennung (§ 188). Es entstehen nicht zwei oder mehrere von einander unabhängige Processe, sondern die Verhandlung über den Klagsanspruch oder die mehreren Klagsansprüche bleibt eine einheitliche, sie wird nur „zunächst“ auf den einzelnen Streitpunkt beschränkt, vorbehaltlich des Rechtes der Parteien, nach Erledigung oder Erörterung dieses Streitpunktes über die anderen Streitpunkte zu verhandeln.

Reicht die Verhandlung über einen solchen Streitpunkt aus, um die Klage abzuweisen, so kann die Verhandlung geschlossen und das Endurtheil gefällt werden, ohne dass in die Verhandlung über die weiteren Streitpunkte eingegangen wird. Desgleichen entfällt die weitere Verhandlung, wenn eine der Anm. 2 angeführten processhindernden Einreden, über welche durch Beschluss zu entscheiden ist, für begründet erkannt wird.

Wird jedoch eine solche Einrede abgewiesen oder wird über den abgesonderten Streitpunkt durch Zwischenurtheil er-

Digitized by Google

kannt, so ist mit der Erörterung der zunächst zurückgestellten Streitpunkte fortzufahren.

In allen anderen Fällen findet, wenn nicht sofort das Endurtheil erlassen werden kann, keine besondere Entscheidung über den abgesonderten Streitpunkt statt. Die Verhandlung wird einfach durch Erörterung der weiteren Streitpunkte fortgesetzt und es können bis zum Schlusse derselben neue Thatsachen und Beweise auch betreffs der bereits erörterten Streitpunkte nachgetragen werden.

Durch den Beschluss oder das Zwischenurtheil dagegen wird der Streitpunkt für die Instanz erledigt und es können neue Thatsachen nnd Beweismittel für denselben nicht mehr vorgebracht werden.

§ 190. Wenn die Entscheidung eines Rechtsstreites ganz oder zum Theile von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreites ist, oder welches in einem anhängigen Verwaltungsverfahren festzustellen ist, so kann der Senat anordnen, dass das Verfahren auf so lange Zeit unterbrochen werde, bis in Ansehung dieses Rechtsverhältnisses eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt.

Eine solche Unterbrechung kann der Senat auf Antrag auch im Falle des Streites über die Zulässigkeit einer Nebenintervention, sowie dann anordnen, wenn beide Parteien wegen des von einem Dritten auf den Gegenstand des Rechtsstreites erhobenen Anspruches gemeinschaftlich beklagt werden (§ 16).

Nach rechtskräftiger Erledigung des bezüglichen Processes oder Verwaltungsverfahrens ist das Verfahren in der Hauptsache auf Antrag oder von amtswegen aufzunehmen.

1. Zweck der Unterbrechung ist die Vermeidung widersprechender Entscheidungen über dasselbe Rechtsverhältnis. Das Gericht hat nicht die Befugnis, die Verhandlung eines Rechtsstreites aus Zweckmäßigkeitsrücksichten bis zur Erledigung eines anderen, unter den Parteien anhängigen Rechtsstreites zu unterbrechen, sondern darf eine Unterbrechung des Verfahrens nur in den Fällen verfügen, in welchen sie durch die Vorschriften der Civilprocessordnung oder anderer Gesetze zugelassen ist (R. G. Leipzig, III, S. 402).

Die Unterbrechung ist nur gerechtfertigt im Falle der Abhängigkeit der Entscheidung von der Feststellung eines Rechtsverhältnisses in einem anderen Rechtsstreite. Dagegen fehlt es an den Voraussetzungen, wenn nur eine Rechtsfrage streitig ist, deren Beantwortung in zwei nebeneinander herlau-

Digitized by Google

fenden Processen von Bedeutung wird (O. L. G. Dresden, Fuchsberger, S. 243), oder wenn in einem anderen Processe von anderen Personen gleiche Ansprüche geltend gemacht werden. Insbesondere wird die Feststellungsklage (§ 228) zur Unterbrechung des Verfahrens berechtigen. Desgleichen wird bei einer Trennung der Verhandlung über die Compensationseinrede zur Unterbrechung des Verfahrens über den Klagsanspruch Veranlassung sein, wenn diese Einrede berechtigt erscheint, die Verhandlung über den Klagsanspruch aber noch nicht spruchreif ist.

2. Für die Anwendbarkeit des § 190 ist wesentlich, dass die Entscheidung des Rechtsstreites noch aussteht und dass dieselbe ganz oder zum Theile von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines anderen anhängigen, also bereits im Laufe befindlichen Rechtsstreites bildet. Es kann also die Aussetzung des Verfahrens auf Grund des § 190 nicht stattfinden, wenn die Entscheidung des Rechtsstreites bereits vorliegt und der andere Rechtsstreit noch gar nicht begonnen hat (O. L. G. Jena, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 126). Die Anhängigkeit des Rechtsstreites richtet sich nach § 232. Für den im schiedsrichterlichen Verfahren zum Austrag zu bringenden Rechtsstreit liegt Anhängigkeit dann vor, wenn letzteres vor den ernannten Schiedsrichtern im Gange ist (O. L. G. Jena, Fuchsberger, S. 244).

3. Neben diesen Voraussetzungen ist für die Anwendbarkeit des § 190 wesentlich, dass in beiden Processen nicht derselbe Streitgegenstand vorliege, beide vielmehr verschiedene Ansprüche zum Gegenstande haben, dass das Verhältnis beider Processe also nicht ein solches ist, dass aus der Anhängigkeit des Anspruches die Einrede der Rechtshängigkeit in dem zweiten Processe entstehen würde (R. G. Leipzig, III, S. 403). Die Streitanhängigkeit ist nach § 240 in jeder Lage des Processes von amtswegen zu berücksichtigen, es kann daher in einem solchen Falle die Unterbrechung des Verfahrens nicht verfügt werden, selbst wenn die Partei nur diese beantragen und nicht die Einwendung der Streitanhängigkeit erheben würde. Umsoweniger kann aber die Unterbrechung des Verfahrens stattfinden, wenn die Partei die Einwendung der Streitanhängigkeit erhebt, denn diese Verfügung setzt voraus, dass diese Einrede grundlos ist, worüber jedoch erst nach durchgeführter mündlicher Verhandlung mittels besonderen Beschlusses (§ 261) zu entscheiden ist. Erst nach Abweisung der Einrede kann daher die Unterbrechung der Verhandlung beschlossen werden.

4. Auch wegen eines von der Verwaltungsbehörde zu entscheidenden Präjudicialpunktes soll die Unterbrechung des

Digitized by Google

Verfahrens nur stattfinden dürfen, wenn das fragliche Verwaltungsverfahren thatsächlich bereits anhängig und damit schon eine Begrenzung für die Dauer der Unterbrechung gegeben ist (Motive des Herrenhauses, S. 6). Die Anwendung der Vorschriften des § 190 setzt unter allen Umständen voraus, dass die vor Gericht anhängig gemachte Sache als bürgerliche Rechtsstreitigkeit sich darstellt und bereits im allgemeinen in den richterlichen Zuständigkeitsbereich fällt, wenn auch eine der Entscheidung durch die Verwaltungsbehörde zukommende Vorfrage dabei mit unterläuft. Sofern jedoch die Sache so gestaltet ist, dass es sich erst nach Art einer getroffenen administrativen Entscheidung herauszustellen vermag, ob die Sache die Eigenschaft einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit erlangt, kann mit Grund von einer Unterbrechung nicht die Rede sein (O. L. G. f. Bayern, Fuchsberger Ergänzungsband, S. 126).

5. Das Gericht kann die Unterbrechung von amtswegen oder auf Antrag verfügen. Gegen den Beschluss auf Unterbrechung des Verfahrens steht der Recurs zu (§ 192). Eine mündliche Verhandlung ist nicht erforderlich. Die Wirkungen der Unterbrechung sind im § 163 bestimmt. Sie beginnen mit der Verkündigung oder Zustellung des Beschlusses und dauern bis zur Aufhebung der Unterbrechung, welche nach § 192 jederzeit erfolgen kann, nach rechtskräftiger Erledigung des Präjudicialverfahrens aber über Antrag oder von amtswegen erfolgen muss. Der Zeitpunkt, mit welchem das Verfahren als aufgenommen zu gelten hat, ist in dem Aufnahmsbeschlusse zu bestimmen (§ 165). Zugleich sind den Parteien die im Falle der Versäumung eintretenden Folgen anzukündigen (§ 165).

6. Die Unterbrechung des Verfahrens wegen einer Haupt- oder Nebenintervention wurde von einem Antrage abhängig erklärt, weil hier der Fortgang oder die Unterbrechung nur für das Interesse der Parteien von Belang ist, für die Lösung der dem Richter obliegenden Aufgaben hingegen weniger Bedeutung hat (Regierungsmotive, S. 241).

Der Antrag kann sowohl vom Intervenienten als auch von jeder der Parteien gestellt werden. Er ist bei jenem Gerichte zu stellen, bei welchem die Rechtssache anhängig ist (§ 165) und ist von diesem Gerichte, eventuell höherer Instanz, über denselben zu entscheiden. Die Entscheidung erfolgt ohne vorhergehende mündliche Verhandlung.

Die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens kann von jeder Partei erwirkt werden (§ 164), auch von der, welche die Unterbrechung beantragt hat. Die Wirkung der Unterbrechung und deren Anfechtbarkeit ist dieselbe wie bei der von amtswegen verfügten.

Digitized by Google

§ 191. Ergibt sich im Laufe eines Rechtsstreites der Verdacht einer strafbaren Handlung, deren Ermittlung und Aburtheilung für die Entscheidung des Rechtsstreites voraussichtlich von maßgebendem Einfluss ist, so kann der Senat anordnen, dass der Rechtsstreit bis zur Erledigung des Strafverfahrens unterbrochen werde.

Eine solche Unterbrechung kann insbesondere stattfinden, wenn sich Verdachtsgründe dafür ergeben, dass eine für die Processentscheidung wichtige Urkunde fälschlich angefertigt oder verfälscht ist, oder dass sich eine über wesentliche Umstände einvernommene Partei oder ein Zeuge oder Sachverständiger, dessen Aussage der Senat sonst bei der Entscheidung voraussichtlich berücksichtigen würde, einer falschen Aussage schuldig gemacht hat.

Nach rechtskräftiger Erledigung des Strafverfahrens ist das unterbrochene Verfahren in der Hauptsache auf Antrag oder von amtswegen aufzunehmen.

1. Wenn die Entscheidung des Processes von dem Beweise und der Zurechnung einer strafbaren Handlung abhängt, ist der Richter an den Inhalt eines hierüber ergangenen rechtskräftigen verurtheilenden Erkenntnisses gebunden (§ 268). In diesen Fällen kann die Unterbrechung der Verhandlung kaum umgangen werden. Aber auch abgesehen von den Fällen der zwingenden Präjudiz eines Strafurtheiles kann sowohl die Ermittlung als die Aburtheilung einer strafbaren Handlung auf die Processentscheidung von maßgebendem Einflusse sein und es führt das Gesetz im zweiten Absatze beispielsweise solche Fälle auf. Der Verdacht der strafbaren Handlung kann die Parteien oder sonst am Processe betheiligten Personen, er kann aber auch andere Personen treffen, die strafbare Handlung kann gegen die Parteien oder gegen am Processe unbetheiligte Personen gerichtet sein. Voraussetzung ist aber immer der Verdacht einer nach dem Strafgesetze strafbaren Handlung, der bloße Vorwurf einer solchen genügt nicht (R. G. Leipzig, XV, 427). Nach § 11 des Gesetzes vom 28. Mai 1881, Nr. 47, R.-G.-Bl., ist auf Ersuchen des Strafrichters, bei welchem eine Strafverhandlung wegen Wuchers anhängig ist, das Civilverfahren jederzeit einzussellen. Nach § 50 Gesetz vom 16. März 1884, Nr. 36 R.-G.-Bl., kann eine Einstellung des Anfechtungsprocesses nur in dem Falle stattfinden, wenn die strafgerichtliche Untersuchung bereits anhängig ist. Nach Schuster (S. 271) ist diese Bestimmung durch § 191 aufgehoben.

2. Die im zweiten Absatze beispielsweise angeführten Fälle stimmen mit den für die Wiederaufnahmsklage im § 530

Digitized by Google

angeführten Voraussetzungen überein. Nur wird dort bei der Partei statt der falschen Aussage ein falscher Eid verlangt. In beiden Fällen wurde erst von der gemeinsamen Conferenz diese Verschiedenheit des Gesetzestextes bewirkt, indem im § 191 die Partei neben dem Zeugen und Sachverständigen angeführt wurde, während im § 530 bei der Partei die falsche Aussage ausgeschieden und nur der falsche Eid beibehalten wurde. Letztere Aenderung wird in den Motiven als stilistisch bezeichnet, für erstere fehlt es in den Motiven an einer Begründung. Der Unterschied ist sohin ein unabsichtlicher und es wird auch im Falle des § 191 nur eine eidliche falsche Aussage der Partei als strafbar (§ 377) zur Unterbrechung der Verhandlung berechtigen.

3. Die Wirkungen der Unterbrechung, die dagegen zustehenden Rechtsmittel und das Verfahren sind dieselben wie im Falle des § 190 (Anm. 5).

Die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens vor rechtskräftiger Erledigung des Strafverfahrens wird nach § 425 St. P. O. insbesondere dann zu erfolgen haben, wenn im Ungehorsamsverfahren gegen Abwesende und Flüchtige dem Angeklagten die Ausübung der staatsbürgerlichen Rechte untersagt worden ist. Das Strafgericht oder die staatsanwaltschaftliche Behörde hat bei Bekanntgabe der wegen Nichteinleitung oder Einstellung des Strafverfahrens gefassten Beschlüsse den Grund der unterlassenen Einleitung oder der Einstellung des Verfahrens stets ausdrücklich zu bezeichnen (§ 539).

§ 192. Der Senat kann die von ihm erlassenen, eine Trennung, Verbindung oder Unterbrechung der Verhandlung oder des Verfahrens betreffenden Anordnungen auf Antrag oder von amtswegen wieder aufheben. Die Aufhebung kann nicht mehr verfügt werden, wenn der Senat durch ein von ihm gefälltes Urtheil gebunden ist, oder wenn die Anordnung zum Gegenstande der Entscheidung einer höheren Instanz geworden ist.

Die nach §§ 187 bis 191 erlassenen Anordnungen können, soweit sie nicht eine Unterbrechung des Verfahrens verfügen, durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden.

1. Die Aufhebung der Trennung ist eine Verbindung und richtet sich nach den Vorschriften des § 187. Die Aufhebung der Verbindung ist eine Trennung und nach § 188 zu beurtheilen. Die Aufhebung der Unterbrechung kann nur wegen einer nach §§ 190, 191 verfügten Unterbrechung erfolgen und ist die Vorschrift des § 192 auf die nach §§ 155 ff. eintretenden Unterbrechungen des Verfahrens nicht anwendbar.

Digitized by Google

Abgesehen von der bei Unterbrechungen zulässigen Beschwerde kann die Aufhebung einer processleitenden Verfügung des Senates immer nur bezüglich der von demselben Gerichte beschlossenen Trennungen, Verbindungen und Unterbrechungen verfügt werden. Der diesbezügliche Beschluss kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen und ist durch Recurs anfechtbar. Ist das Urtheil bereits erfolgt, so ist die Verbindung, Trennung oder Unterbrechung für die Instanz unmöglich, was das Gesetz insbesondere ausspricht. Das Gleiche gilt, wenn die Unterbrechung im Instanzenzuge bestätigt worden ist.

Schluss der Verhandlung.

§ 193. Der Vorsitzende hat die Verhandlung für geschlossen zu erklären, wenn der Senat die Streitsache oder den abgesondert zu erledigenden Antrag, über welchen die Verhandlung stattfindet, als vollständig erörtert und auf Grund der aufgenommenen Beweise zur Entscheidung reif erachtet.

Die Verhandlung ist bis zur Verkündung ihres Schlusses als ein Ganzes anzusehen.

Die Verhandlung kann auch vor Aufnahme aller zugelassenen Beweise für geschlossen erklärt werden, wenn nur mehr die durch einen ersuchten Richter zu bewirkende Aufnahme einzelner Beweise aussteht und entweder beide Parteien auf die Verhandlung über das Ergebnis dieser Beweisaufnahme verzichten, oder der Senat eine solche Verhandlung für entbehrlich hält. In diesem Falle ist nach Einlangen der Beweisaufnahme-Acten ohne neuerliche Anordnung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung vom Gerichte zu fällen.

1. Der Schluss der Verhandlung ist von dem Schlusse einer verlegten Verhandlungstagsatzung zu unterscheiden. Derselbe ist vom Vorsitzenden ausdrücklich auszusprechen. Versäumt er dies, so wird dieses Versehen durch Unterlassung der Rüge (§ 196) geheilt, wenn die Partei aus concludenten Handlungen des Gerichtes von dem factischen Schlusse der Verhandlung Kenntnis erlangt. Das nach dem Gesetze nöthige Einverständnis des Senates wird nicht durch Beschlussfassung desselben erfolgen müssen, es genügt eine Umfrage, ob noch ein Mitglied des Senates eine Frage zu stellen hat. Sind Beweise angeboten, über welche eine Beschlussfassung noch nicht erfolgt ist, so wird zunächst der in den §§ 275, 277 vorgeschriebene Beschluss einzuholen sein.

2. Der Satz, dass jede Verhandlung bis zu ihrem Schlusse als ein Ganzes zu betrachten sei, ist nach verschiedenen Richtungen von Bedeutung. Einerseits erscheint damit die Eventual-

Digitized by Google

maxime für das neue Verfahren beseitigt. Inwieferne dies für die Parteien als Erweiterung ihrer Processbefugnisse wirkt, ist schon im § 179 ausgesprochen. Anderseits enthält jener Satz eine für die richterliche Urtheilsschöpfung oder überhaupt für die entscheidende Thätigkeit des Richters wichtige Norm, indem er den Kreis der hiebei zu beachtenden Anführungen umschreibt. Von besonderem Belange ist jener Satz endlich für das Versäumungsverfahren, indem er statuiert, dass Parteianführungen an der ihnen sonst zukommenden Beachtlichkeit nicht verlieren, wenn auch die fragliche Partei später, noch vor Schluss der Verhandlung, säumig wird (Regierungsmotive, S. 242).

3. Im Falle die Verhandlung vor Aufnahme aller Beweise geschlossen wird, wird das Urtheil nicht mündlich verkündet. Dasselbe ist binnen 8 Tagen nach dem Einlangen der Acten der Beweisaufnahme zu fällen (§ 415) und den Parteien zuzustellen.

§ 194. Der Senat kann die Wiedereröffnung einer bereits geschlossenen Verhandlung anordnen, wenn sich zum Zwecke der Entscheidung eine Aufklärung oder Ergänzung des Vorgebrachten oder die Erörterung über den Beweis einer Thatsache als nothwendig zeigt, welche der Senat erst nach Schluss der Verhandlung als beweisbedürftig erkannt hat, ferner wenn der Senat im Falle des § 193, Abs. 3, nach Einlangen der Beweisaufnahme-Acten mit Rücksicht auf die Ergebnisse der Beweisaufnahme oder auf die von den Parteien bei der Beweisaufnahme abgegebenen Erklärungen eine weitere Verhandlung für nothwendig hält.

1. Wiedereröffnungen der Verhandlung dürfen nicht zur Regel werden. Daran wird sich die Richtigkeit der Processleitung erproben. Auf etwaige Unvollständigkeiten, auf noch ausstehende Erklärungen hat die Processleitung während der Verhandlung aufmerksam zu machen. Bei gehöriger Achtsamkeit wird in der weitaus größeren Mehrzahl der Fälle die Relation zwischen Sachverhalt und Recht schon während der Verhandlung genügend überblickt werden können, um alle juristisch revelanten Sachverhaltspunkte noch vor Verhandlungsschluss genügend aufklären und erörtern zu können. In der Anhoffung einer sorgfältigen Anwendung der Processleitungspflicht könnte daher die Gesetzgebung von der Ermöglichung der Wiedereröffnung auch ganz absehen. Immerhin können sich ausnahmsweise Complicationen ergeben, welche das Unterbleiben einer bezüglichen Erklärung oder Erörterung während der Verhandlung entschuldbar erscheinen lassen. Der Ausschluss der Wiedereröffnung würde sich dann als eine ungerechte Härte erweisen, namentlich wenn es das Gericht aus Versehen unterließ, der

Digitized by Google

Partei die Nothwendigkeit eines gewissen Vorbringens nahezulegen. Und auch dann scheint die Wiedereröffnung ein Bedürfnis, wenn das Gericht erst bei der Berathung zu einer Rechtsauffassung gelangt, die eine Beweisführung als nothwendig erscheinen lässt, ohne dass hiebei auf Seiten des Gerichtes eine Nachlässigkeit unterlaufen wäre. Auch die Consequenz des Gedankens, die zur Beseitigung der Eventualmaxime führt, spricht für die Ermöglichung der Wiedereröffnung.

In den seinerzeit zu erlassenden Instructionen und Durchführungsvorschriften wird jedoch auf das nachdrücklichste zu betonen sein, dass die Wiedereröffnung den Charakter einer exceptionellen Schutzvorkehrung nicht verlieren dürfe, und daher bei schuldbarem Versäumnisse der Parteien unanwendbar ist (Regierungsmotive, S. 242).

2. Die Befugnis zur Wiedereröffnung der Verhandlung ist in der Beschränkung zu verstehen, dass nur aus der stattgehabten und geschlossenen Verhandlung selbst die Veranlassung zur Wiedereröffnung derselben entnommen werden darf. Neue Thatsachen und Beweismittel, welche erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung zur Kenntnis des Gerichtes gebracht worden sind, oder darauf gestützte Anträge der Parteien sind nicht geeignet, die Wiedereröffnung der Verhandlung zu rechtfertigen. Wenn auch nach Wiedereröffnung der Verhandlung die mit Schluss der früheren Verhandlung eingetretene Ausschließung der in derselben nicht geltend gemachten Angriffs- oder Vertheidigungsmittel und Beweismittel oder Beweiseinreden die Geltendmachung derselben in der wiedereröffneten Verhandlung nicht hindert, so kann doch die Frage, ob die Verhandlung wiederzueröffnen sei, nur nach dem in der stattgehabten und geschlossenen Verhandlung Vorgekommenen entschieden werden (R. G. Leipzig, XVI, S. 417). Der Beschluss ist zu verkünden, schriftlich zuzustellen und ist durch Recurs anfechtbar.

Hat sich eine Partei vor der Wiedereröffnung der Verhandlung entfernt, so kann ein Versäumnisurtheil gegen sie nicht erlassen werden (§ 133).

§ 195. Die in den §§ 180 bis 194 dem Vorsitzenden des Senates und dem Senate beigelegten Befugnisse kommen im Verfahren vor Bezirksgerichten dem Einzelrichter zu, vor welchem die mündliche Verhandlung stattfindet.

Rüge von Mängeln.

§ 196. Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Processhandlung regelnden Vorschrift

Digitized by Google

kann von der deshalb zur Beschwerdeführung berechtigten Partei nicht mehr geltend gemacht werden, wenn sich letztere in die weitere Verhandlung der Sache eingelassen hat, ohne diese Verletzung zu rügen, obwohl dieselbe ihr bekannt war oder bekannt sein musste.

Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn eine Vorschrift verletzt wurde, auf deren Befolgung eine Partei nicht wirksam verzichten kann.

Erfolgt die Rüge während einer mündlichen Verhandlung und wird derselben nicht gleich bei der Verhandlung durch Behebung der behaupteten Verletzung entsprochen, so ist sie im Protokolle zu bemerken.

1. § 196 handelt von der Verletzung von Processvorschriften. Unter Processhandlungen sind hier nicht nur solche der Parteien (§ 26, Anm. 2), sondern auch die des Gerichtes und seiner untergeordneten Organe zu verstehen, soweit die Form und der Inhalt gerichtlicher Verfügungen in Frage kommt. Es gehören hieher namentlich diejenigen richterlichen Verfügungen, welche keine sachliche Entscheidung enthalten, sondern den Zweck haben, den Fortgang des Processverfahrens zu betreiben und die definitive Entscheidung vorzubereiten, welche also nur eine processleitende Bedeutung haben. Geht man hievon aus, so findet § 196 auch auf Beweisbeschlüsse Anwendung. Denn diese haben nur die Bedeutung einer die Beweiserhebung anordnenden Verfügung, welche in keiner Weise für den erkennenden Richter bindend und maßgebend ist. Handelt es sich um die Anfechtung ihres Inhaltes, so kann allerdings § 196 keine Anwendung finden, sind dagegen bei ihrem Erlasse sonstige Vorschriften des Verfahrens verletzt, so muss dieses bei Vermeidung der im § 196 angedrohten Nachtheile von der Partei rechtzeitig gerügt werden (R. G. Leipzig, III, S. 368). Desgleichen ist die Vorschrift auf das Beweisverfahren (R. G. Leipzig, XII, S. 437), auf die Vorschriften über die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen anzuwenden (R. G. Leipzig, XVII, S. 380). Die Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen gehört zu jenen Processhandlungen, welche dem Verfügungsrechte der Parteien nicht entzogen sind. Vielmehr wird diesen durch die im § 336 getroffene Anordnung die Befugnis zugestanden, auf die Beeidigung zu verzichten. Durch den § 196 werden auch alle Zustellungen betroffen; das Gesetz macht keinen Unterschied, ob durch eine Zustellung eine Nothfrist in Lauf gesetzt wird oder nicht. Da somit alle Zustellungsmängel heilbar sind, so ist nicht abzusehen, warum bei der auch von amtswegen vorzunehmenden Prüfung, ob die

Digitized by Google

Berufung in der gesetzlichen Frist eingelegt worden, dem § 196 jede Wirksamkeit versagt sein solle und jener Zustellungsact nicht als geheilt in Betracht zu ziehen sei (Oberstes L. G. f. Bayern, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 209).

2. Der Mangel muss gerügt werden, ehe sich die Partei in die Verhandlung oder in die weitere Verhandlung eingelassen hat. Aus Absatz 3 ist ersichtlich, dass dies nicht nur in der mündlichen Verhandlung, sondern auch außerhalb derselben, im nächsten Schriftsatze, bei einer Vernehmung der Partei oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, in der mündlichen Verhandlung aber noch vor der Verhandlung zur Sache unmittelbar nach erlangter Kenntnis von der Formverletzung zu erfolgen hat. Jedoch ist eine abgesonderte Processhandlung zur Erhebung der Rüge nicht erforderlich, sie hat nur bei der nächsten zum Verfahren gehörigen Processhandlung zu Beginn derselben zu erfolgen. Beim Ausbleiben von einer Tagsatzung tritt dagegen Präclusion nicht ein.

3. Zur Rüge berechtigt ist nur die zur Beschwerdeführung berechtigte Partei. Ist gegen die formwidrige Verfügung ein Rechtsmittel überhaupt ausgeschlossen, so entfällt auch das Rügerecht. Eigene Processhandlungen darf die Partei nicht als ungiltig anfechten (Oberstes L. G. f. Bayern, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 209).

4. Voraussetzung der Präclusion ist, dass der Partei der Mangel bekannt war oder bekannt sein musste. Damit ist eine Präsumption des Verschuldens aufgestellt, für welches die Partei aufzukommen hat. Das Gericht hat unter freier Beweiswürdigung festzustellen, ob die Partei, deren gesetzlicher Vertreter (§ 5) oder Bevollmächtigter (§ 39) bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt um den Mangel wissen musste, ob ihr derselbe daher durch eigenes Verschulden unbekannt geblieben ist. Rechtsunkenntnis ist kein Entschuldigungsgrund.

5. Die Unterlassung der rechtzeitigen Rüge hat Präclusion der Rüge und jedes Rechtsmittels zur Folge. Die Präclusion gilt für alle Instanzen (§ 462), ohne dass es eines Antrages bedarf (§ 145). Die Präclusion gilt für die Partei und für das Gericht. Die Unterlassung der Rüge ist nicht als ein stillschweigender Verzicht anzusehen, auf den Verzichtswillen kommt es nicht an. Gleiche Wirkung hat selbstverständlich der ausdrückliche Verzicht der angeblich beschwerten Partei auf die Geltendmachung eines Mangels; das folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Regierungsmotive, S. 243).

6. Nach Absatz 2 ist die Präclusion ausgeschlossen bei solchen Formverletzungen, welche Nichtigkeit des Urtheiles und

Digitized by Google

Verfahrens zur Folge haben (§ 477), also bei der Theilnahme eines ausgeschlossenen oder abgelehnten (§§ 20, 19 J. N.) Richters, bei mangelhafter Besetzung des Gerichtes (§§ 7, 8, 9, J. N), bei unheilbarer Incompetenz des Gerichtes (§ 104 J. N.), bei Unzulässigkeit des Rechtsweges (§ 42 J. N.), bei Einlegung von Verhandlungsprotokollen, bei unbegründetem Ausschlusse der Oeffentlichkeit; ferner für alle von amtswegen zu berücksichtigenden Formvorschriften, so für den Mangel der Processfähigkeit, gesetzlichen Vertretung und besonderen Ermächtigung zur Processführung (§ 6), für den Anwaltszwang (§ 27), für den Mangel der Vollmacht (§ 37), für die Mündlichkeit der Verhandlung (§ 176), für die Unerstreckbarkeit von Nothfristen und der als unerstreckbar erklärten richterlichen Fristen (§ 128), für unzulässige Wiedereinsetzungsanträge (§ 147, 148), für Formgebrechen der Schriftsätze (§ 84).

Dritter Titel: **Sitzungspolizei.**

§ 197. Bei Verhandlungen vor Gerichtshöfen hat der Vorsitzende des Senates für die Aufrechthaltung der Ordnung bei der mündlichen Verhandlung zu sorgen. Er ist berechtigt, Personen, welche durch unangemessenes Betragen die Verhandlung stören, zur Ordnung zu ermahnen und die zur Aufrechthaltung der Ordnung nöthigen Verfügungen zu treffen.

1. Der Vorsitzende hat das Recht und die Pflicht, für die Aufrechthaltung der Ordnung in der mündlichen Verhandlung zu sorgen. Mit Ausnahme der in den folgenden Paragraphen dem Senate vorbehaltenen Anordnungen hat der Vorsitzende daher alle zur Aufrechthaltung der Ordnung nöthigen Verfügungen zu treffen. Neben der im § 197 ausdrücklich erwähnten Mahnung und der im § 180 angeführten Entziehung des Wortes kann der Vorsitzende als Ordnungsmaßregel eine Rüge ertheilen und die Tagsatzung aufheben. Der Vorsitzende hat diese Befugnis gegenüber allen anwesenden Personen mit Einschluss der Mitglieder des Senates und der Parteienvertreter. An der Verhandlung nicht betheiligten Personen gegenüber steht ihm auch das Recht der Entfernung von der Verhandlung zu (§ 198).

Die Vorschriften über die Sitzungspolizei wurden zunächst mit aller Bestimmtheit auf die einheitliche Grundlage des collegialgerichtlichen Verfahrens gestellt, indem in denselben der Gegensatz von Vorsitzenden und Senat auch terminologisch

Digitized by Google

strenge durchgeführt wurde und im Anhange dazu wurde festgesetzt, dass die hienach dem Senate oder seinem Vorsitzenden zukommenden Befugnisse im Verfahren vor Bezirksgerichten dem Einzelrichter zustehen (§§ 195, 203), womit das gegenseitige Verhältnis zu einem klaren Ausdrucke gelangt (Motive des Herrenhauses, S. 5).

§ 198. Aeußerungen des Beifalles und der Missbilligung sind untersagt.

Wer sich trotz Ermahnung einer Störung der Verhandlung schuldig macht, kann von der Verhandlung entfernt werden. Die Entfernung einer an der Verhandlung betheiligten Person kann erst nach vorausgegangener Androhung und Erinnerung an die Rechtsfolgen einer solchen Maßregel angeordnet werden.

Die Partei muss insbesondere auf die Möglichkeit aufmerksam gemacht werden, dass infolge ihrer Entfernung gegen sie ein Versäumungsurtheil erlassen oder das Urtheil in Gemäßheit des § 399 gefällt werden kann.

Wenn eine an der Verhandlung betheiligte Person entfernt wurde, kann auf Antrag gegen sie in gleicher Weise verfahren werden, als wenn sie sich freiwillig entfernt hätte.

1. Die Entfernung von der Verhandlung ist keine Strafe, sondern das letzte Mittel zur Aufrechthaltung der Ordnung, wenn vorhergehende Ermahnungen nichts helfen. Sie ist anwendbar gegen die Parteien, deren gesetzliche Vertreter, Zeugen, Sachverständige und an der Verhandlung nicht betheiligte Personen, dagegen nicht gegen Processbevollmächtigte (§ 200) oder gegen die an der Verhandlung betheiligten Gerichtspersonen. Die Verfügung steht dem Vorsitzenden, gegen an der Verhandlung betheiligte Personen aber dem Senate zu (§ 201). Auch Militärpersonen können von der Verhandlung entfernt werden, da das Gesetz dies nicht verbietet.

2. Das Gesetz unterscheidet zwischen an der Verhandlung betheiligten und nicht betheiligten Personen. Letztere können entfernt werden, wenn vorausgegangene Ermahnungen keinen Erfolg haben. Ein an der Verhandlung Betheiligter dagegen darf nicht schon bei Fruchtlosigkeit einer vorausgegangenen Ermahnung entfernt werden, sondern hier ist der Entfernung eine ausdrückliche Androhung dieser Maßregel vorauszuschicken, bei welchem Anlasse die fragliche Person zugleich auf die weiteren processualen Nachtheile aufmerksam zu machen ist, welche mit der Entfernung für sie verbunden sind. Außerdem wird die Anordnung der Entfernung betreffs der eben genann-

Digitized by Google

ten Personen im Verfahren vor Gerichtshöfen dem Senate vorbehalten (§ 201).

Parteien und deren gesetzliche Vertreter müssen (§ 145) außerdem, wenn sie als ausgeblieben behandelt werden sollen, darüber belehrt werden, dass ihre Abwesenheit mit dem härtesten Nachtheile, nämlich mit dem Ausschlusse ihrer berechtigten Angriffs- oder Vertheidigungsmittel verbunden sein könne (Motive des Ausschusses, S. 30).

3. Ob eine wegen Ungebür aus dem Verhandlungssaale entfernte Person im processualen Sinne als ungehorsam zu betrachten sei, soll nach Maßgabe des einzelnen Falles entschieden werden. In letzterer Vorschrift erhalten Gericht und Parteien ein sich zu individualisierender Anwendung augenscheinlich gut eignendes Verschärfungsmittel, von dem Gebrauch zu machen sein wird, wenn eine solche schwere Ahndung der Ordnungswidrigkeit, wodurch eine Person in ihrer Privatrechtssphäre dauernd benachtheiligt wird, nach der Beschaffenheit der concreten Umstände gerecht erscheint (Regierungsmotive, S. 244). Die Wirkung der Entfernung ist die gleiche, als wenn sich die Partei freiwillig entfernt hätte (§ 133), sie ist von einem Antrage der Gegenpartei abhängig. Wird dieser Antrag abgewiesen, so ist die Tagsatzung von amtswegen zu erstrecken und auch die säumige Partei zur neuen Tagsatzung wieder zu laden (§ 402). Wird der Antrag nicht gestellt, so wird wohl in diesem Falle nicht Ruhen des Verfahrens (§ 170) einzutreten haben, sondern die Tagsatzung von amtswegen zu erstrecken sein.

§ 199. Demjenigen, der sich bei der Verhandlung einer gröberen Ungebür, insbesondere einer Beleidigung der Mitglieder des Gerichtes, einer Partei, eines Vertreters, Zeugen oder Sachverständigen schuldig macht, kann, vorbehaltlich der strafgerichtlichen oder disciplinaren Verfolgung, eine Ordnungsstrafe bis zu fünfzig Gulden durch Beschluss des Senates auferlegt werden.

Gegen denjenigen, welcher sich den zur Erhaltung der Ordnung und Ruhe getroffenen Anordnungen des Vorsitzenden oder des Senates widersetzt, kann Haft bis zu drei Tagen verhängt werden.

1. Die Ordnungstrafen des § 199 als Sühne für begangenes Unrecht setzen keine vorhergehende Ermahnung voraus, sie sind vom Gerichte, im Verfahren vor Gerichtshöfen vom Senate, von amtswegen ohne vorhergehende Verhandlung zu verhängen und sind nach § 201 sofort vollstreckbar, unterliegen aber nichtsdestoweniger der Anfechtung mittels Recurses. Sie können gegen die Parteien, deren gesetzliche Vertreter, Zeugen, Sach-

Digitized by Google

verständige und gegen an der Verhandlung nicht betheiligte Personen, Haft jedoch nicht gegen Processbevollmächtigte (§ 200) verhängt werden, wohl aber gegen gemeine Bevollmächtigte ohne Processvollmacht (§ 31). Geldstrafen können für jede Ungebür, mag sie sich auf die Verhandlung selbst oder auf die zur Aufrechthaltung der Ordnung und Ruhe getroffenen Anordnungen beziehen, verhängt werden.

2. Die Strafbefugnisse, durch welche der Entwurf die sitzungspolizeiliche Gewalt des Vorsitzenden und des Senates befestigt und stärkt, gingen nach der Ansicht der Permanenzcommission des Herrenhauses darin zu weit, dass nach dem Wortlaute der Regierungsvorlage der Ungehorsam gegen die Anordnungen des Vorsitzenden oder des Senates ohne Rücksicht auf den Inhalt mit Haft bedroht war. Da jedoch diese äußerste Steigerung der Disciplinarmacht des Processgerichtes zweifellos nur den Anordnungen zugedacht war, die zur Erhaltung der Ruhe und Ordnung selbst ergehen, wurde § 199 Abs. 2 im Sinne dieser Einschränkung amendiert (Motive des Herrenhauses, S. 7).

§ 200. Macht sich ein Processbevollmächtigter einer Störung der Verhandlung (§ 198) oder einer Ungebür oder Beleidigung (§ 199) schuldig, so kann er vom Senate mit einem Verweise oder einer Geldstrafe bis zum Betrage von einhundert Gulden belegt werden.

Setzt der Bevollmächtigte sein ungehöriges Benehmen fort, oder widersetzt er sich den zur Erhaltung der Ordnung und Ruhe getroffenen Anordnungen des Vorsitzenden oder des Senates, so kann ihm durch Beschluss des Senates das Wort entzogen und, wenn nöthig, die Partei aufgefordert werden, einen anderen Bevollmächtigten zu bestellen; kann dies nicht sogleich geschehen, so ist die Tagsatzung von amtswegen zu erstrecken. Die Kosten der vereitelten Tagsatzung und der Erstreckung treffen den schuldtragenden Bevollmächtigten.

Bei erschwerenden Umständen kann der Senat, wenn der Bevollmächtigte Advocat oder Advocaturscandidat ist, überdies die Angelegenheit an die zuständige Disciplinarbehörde desselben leiten.

1. Dieser von der gemeinsamen Conferenz eingefügte Paragraph hat nach den Motiven (S. 8) den Zweck, die Disciplinargewalt des Processgerichtes dem Parteienvertreter gegenüber im Civilverfahren nicht weiter gehen zu lassen, als im geltenden Strafprocesse. Unter Processbevollmächtigten werden daher hier nicht nur mit Vollmacht versehene Advocaten (§ 31) und mit Processvollmacht versehene gemeine Be-

Digitized by Google

vollmächtigte (§ 33), sondern nach dem Schlussatze auch Advocaturscandidaten, endlich die Beamten der Finanzprocuratur und die nach § 64 der Armenpartei bestellten Vertreter aus der Reihe der Beamten der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes zu verstehen sein. Für die Beamten der Finanzprocuratur ergibt sich dies aus der Bestimmung des Art. XXXII Einf.-Ges., welche die sinngemäße Anwendung der über Advocaten getroffenen Bestimmungen der Civilprocessordnung auf die Finanzprocuraturen vorschreibt. Aber auch die als Parteienvertreter fungierenden Beamten der Staatsanwaltschaft und des Gerichtes werden der Natur der Sache nach denselben Schutz genießen müssen, wie jeder andere mit Processvollmacht ausgestattete Parteienvertreter.

Die Höhe der Ordnungsstrafe bestimmt § 220 generell für Advocaten mit 100 fl., für alle anderen Personen mit 50 fl. Diese Grenzen sind auch bei den nach § 200 zu verhängenden Ordnungsstrafen einzuhalten.

Die Beschlüsse sind sofort vollstreckbar (§ 201), jedoch mittels Recurses anfechtbar.

§ 201. Die nach den vorstehenden Bestimmungen gefassten Beschlüsse sind sofort vollstreckbar.

Im Verfahren vor Gerichtshöfen kann die Entfernung einer an der Verhandlung betheiligten Person nur durch Beschluss des Senates verhängt werden.

§ 202. Macht sich eine in Strafsachen der Militärgerichtsbarkeit unterstehende Militärperson einer nach § 199 zu bestrafenden Handlung schuldig, so hat sich der Vorsitzende wegen Bestrafung dieser Person an die nächste Militärbehörde zu wenden.

1. Nach dem Gesetze vom 20. Mai 1869, Z. 78 R.-G.-Bl. unterstehen der Militärgerichtsbarkeit:

1. Die in activer Dienstleistung stehenden Personen des stehenden Heeres und der Kriegsmarine;
2. die in dem Verzeichnisse, welches am Schlusse dieses Gesetzes beigefügt ist, aufgeführten, bei der Militärverwaltung angestellten oder verwendeten und in activer Dienstleistung stehenden Personen:

   Militärgeistliche, Auditore, Militärärzte, Truppen-Rechnungsführer, Militär-Intendanturs-Beamte, Militär-Verpflegs-Beamte, militärthierärztliche Beamte, technische Beamte des Artillerie-Zeugs-, des Genie- und Fuhrwesens, Aufsichtspersonale in den Militärstrafanstalten, technisches Hilfspersonale, Marine-Geistlichkeit, Marine-Auditore, Marine-Aerzte, Marine-Beamte, Aufsichtspersonale in den Marine-Strafhäusern.

Digitized by Google

Nach dem Gesetze vom 2. April 1885, Nr. 93 R.-G.-Bl., unterstehen ferner der Militärgerichtsbarkeit in Strafsachen die im Landwehrverbande stehenden Personen, welche dem Activstande der Landwehr angehören oder als im nichtactiven Verhältnisse stehend, zur Dienstleistung in Gemäßheit des Landwehrgesetzes einberufen werden. Die Urlauber, sowie die nicht in activer Dienstleistung stehenden Officiere und Mannschaft der Reserve treten mit der Zustellung oder legalen Veröffentlichung des Einberufungsbefehles, Landwehrpersonen mit dem für das Erscheinen des Einberufenen bestimmten Tage; wenn die Präsentierung früher erfolgt, mit dem Tage der Präsentierung, bei Mobilmachungen auf Befehl des Kaisers mit dem Tage der Zustellung oder legalen Kundmachung des Einberufungsbefehles unter die Militärgerichtsbarkeit.

§ 203. Die in diesem Titel dem Vorsitzenden des Senates und dem Senate beigelegten Befugnisse stehen auch dem Einzelrichter, vor welchem die mündliche Verhandlung stattfindet, und dem ersuchten oder beauftragten Richter bei den vor ihnen stattfindenden Verhandlungen und Beweisaufnahmen, sowie bei Vornahme von Amtshandlungen außerhalb einer mündlichen Verhandlung zu.

Die Bestimmungen der §§ 197 bis 203 sind im Verfahren außer Streitsachen sinngemäß anzuwenden (§ 85, Ges. v. 27. Nov. 1896, Nr. 217, R.-G.-Bl.)

Vierter Titel: **Vergleich.**

§ 204. Das Gericht kann bei der mündlichen Verhandlung in jeder Lage der Sache auf Antrag oder von amtswegen eine gütliche Beilegung des Rechtsstreites oder die Herbeiführung eines Vergleiches über einzelne Streitpunkte versuchen. Kommt ein Vergleich zustande, so ist dessen Inhalt auf Antrag ins Verhandlungsprotokoll einzutragen.

Zum Zwecke des Vergleichsversuches oder der Aufnahme des Vergleiches können die Parteien, sofern sie zustimmen, vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verwiesen werden. Inwiefern wegen Vergleichsvorschlägen oder anhängiger Vergleichsverhandlungen die Aufnahme oder Fortführung der Verhandlung aufgeschoben werden könne, ist nach den Bestimmungen der §§ 128 und 134 zu beurtheilen.

1. Der Vergleichsversuch kann in jeder Lage der Sache, also nicht nur in erster Instanz, sondern auch in den höheren Instanzen, immer aber nur in der mündlichen Verhandlung unternommen werden, er erfordert keinen besonderen

Digitized by Google

Beschluss und kann von dem Vorsitzenden, einem Mitgliede des Gerichtes oder einem Betheiligten angeregt werden. Im Verfahren vor Gerichtshöfen ist zunächst die erste Tagsatzung vor dem Vorsitzenden oder einem beauftragten Richter zur Vornahme der Vergleichsversuche bestimmt (§ 239). Vor Bezirksgerichten ist über Antrag des Klägers in Rechtssachen im Betrage oder Werte von höchstens 500 fl. noch vor Erhebung der Klage eine Tagsatzung zum Zwecke des Vergleichsversuches anzuordnen (§ 433). Nach der in den Motiven zu § 268 der Reichs-Civilprocess-Ordnung ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers ist das mit der Zeugenvernehmung in einem schwebenden Rechtsstreite von dem Processgerichte beauftragte Gericht auch zur Vornahme von Vergleichsverhandlungen und Protokollierung eines hiernach unter den Parteien zustande gekommenen Vergleiches als ermächtigt zu erachten; hätte aber selbst der bezeichnete gesetzgeberische Wille in den Motiven des Gesetzes keinen besonderen Ausdruck gefunden, so würde derselbe aus den Worten des § 204 mit Nothwendigkeit zu folgern sein. Denn wenn nach dieser Bestimmung das Processgericht in jeder Lage des Rechtsstreites, also auch bei Gelegenheit einer Zeugenvernehmung, die gütliche Beilegung desselben versuchen kann, so ergibt sich hieraus von selbst die gleiche Befugnis auch für jenes Gericht, welches im Auftrage des Processgerichtes und an Stelle desselben eine Zeugenvernehmung vorzunehmen hat (Oberstes L. G. f. Bayern, Fuchsberger, S. 465). Desgleichen wird der mit einer Beweisaufnahme oder mit dem vorbereitenden Verfahren beauftragte Richter zur Vornahme eines Vergleichsversuches und zur protokollarischen Aufnahme eines abgeschlossenen Vergleiches befugt sein.

2. Die Verweisung vor einen beauftragten oder ersuchten Richter zum Zwecke des Vergleichsversuches kann nur mittels Gerichtsbeschlusses erfolgen und setzt die Zustimmung beider Parteien voraus. Da dieselbe mit einer Verlegung der Verhandlungstagsatzung verbunden ist, wird dieser Modus geeignet sein, bei jedem Vergleichsversuche, der im Interesse der Parteien liegt und voraussichtlich zur Beilegung des Rechtsstreites führen kann, die Aufnahme oder Fortsetzung der Verhandlung aufzuschieben. Denn wenn auch durch den von dem Ausschusse des Abgeordnetenhauses beigefügten Schlussatz eine Verlegung der mündlichen Verhandlung zum Zwecke des Vergleichsversuches auch ohne eine solche Verweisung möglich erscheint, so ist dies nach den Motiven (S. 31) nur deshalb geschehen, um die Wirkungen, welche Vergleichsverhandlungen auf den Gang des Processes haben können, ausdrücklich mit den Bestimmungen über die Erstreckung der Fristen und Verlegung

Digitized by Google

der Tagsatzungen in Beziehung zu setzen. Die Bedingungen aber, welche die §§ 128 und 134 für die Bewilligung einer Fristverlängerung oder Tagsatzungserstreckung setzen, werden selten vorliegen und noch seltener glaubhaft gemacht werden können; denn wenn die Behauptung von im Zuge befindlichen Vergleichsverhandlungen an sich als Erstreckungs- oder Verlegungsgrund gelten würde, dann wäre es den Parteien freigegeben, die vom Gesetze verbotenen einverständlichen Verlegungen und Erstreckungen durch diese Behauptung zu erzwingen.

Erscheint die zum Zwecke der Vornahme eines Vergleichsversuches vor den beauftragten oder ersuchten Richter geladene Partei zur Tagsatzung nicht, so treffen sie nicht die Folgen des Ausbleibens, sondern es gilt der Vergleichsversuch als misslungen und es ist die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung neuerlich anzuordnen. Die in den Regierungsmotiven (S. 241) ausgesprochene Ansicht, dass die einstweilige Unterbrechung der Verhandlung bei Einleitung von Vergleichsverhandlungen sich als angemessen erweisen wird, hat durch die Neustilisierung des § 204 ihre Berechtigung verloren, nachdem die Verhandlung nur aufgeschoben, nicht aber unterbrochen werden soll, weshalb auch die Wirkungen der Unterbrechung (§ 163) bei einem solchen Aufschube nicht eintreten.

3. Zum Abschlusse eines Vergleiches genügt die einem Advocaten ertheilte Vollmacht (§ 31) sowie die einem gemeinen Bevollmächtigten ertheilte Processvollmacht (§ 33), sofern nicht dieser gesetzliche Umfang der Vollmacht ausdrücklich beschränkt und dies dem Gegner besonders bekanntgegeben worden ist (§ 32). Andere Vollmachten gemeiner Bevollmächtigter berechtigen zum Abschlusse eines Vergleiches nur dann, wenn sie ausdrücklich auf den Abschluss von Vergleichen lauten (§ 1008 a. b. G.-B.). Vormünder und Curatoren bedürfen zum Vergleichsabschlusse der gerichtlichen Genehmigung (§§ 233, 282 a. b. G. B.). Insofern es sich um die Abschließung eines gerichtlichen Vergleiches durch die Finanzprocuratur handelt, ist dieselbe verpflichtet, die Bewilligung der competenten administrativen Behörde, und wenn der Vergleich mit dem ausdrücklichen Vorbehalte der nachträglichen Genehmigung derselben eingegangen wurde, diese letztere dem Gerichte vorzulegen (J. M. E. v. 25. April 1856, Z. 8911).

4. Der Vergleich ist nur dann in das Protokoll aufzunehmen, wenn dies beantragt wird. Im gegentheiligen Falle wird nur aufzunehmen sein, dass die Parteien sich verglichen haben (§ 208) und welche von den Ansprüchen infolge dessen unbestritten geblieben sind. Die Aufnahme des Vergleiches

Digitized by Google

hat in dem Verhandlungsprotokolle (§ 208), vor dem zur Vergleichsaufnahme beauftragten oder ersuchten Richter in einem besonderen Protokolle (§ 216) zu erfolgen. Das aufgenommene Protokoll ist den Parteien zur Durchsicht vorzulegen oder vorzulesen und von ihnen zu unterschreiben (§ 212). Mit Rücksicht darauf, dass der Vergleich als Vertrag erscheint, wird sich der letztere Modus empfehlen. Ueber die Kosten eines abgeschlossenen Vergleiches und der erfolgten Vergleichsverhandlungen sind besondere Bestimmungen im § 47 gegeben.

§ 205. In einem gerichtlichen Vergleiche kann die Anerkennung eines Rechtsverhältnisses oder die Uebernahme der Verbindlichkeit zu einer Leistung, Duldung oder Unterlassung von der Ablegung eines vereinbarten Eides abhängig gemacht werden. Der Eid darf nur streitige Thatsachen zum Gegenstande haben.

Im Vergleiche muss die Tagsatzung, bei welcher der Eid abzulegen ist, oder doch die Frist bestimmt werden, innerhalb welcher die eidespflichtige Partei um Bestimmung dieser Tagsatzung einzuschreiten hat. Die Ablegung des Eides erfolgt vor dem richterlichen Beamten, welcher vom Vorsteher des im Vergleiche genannten Gerichtes mit der Abnahme des Eides beauftragt wird.

1. Der Inhalt eines von den Parteien vor dem Processgerichte oder vor einem beauftragten Richter abgeschlossenen Vergleiches ist nach den Bestimmungen des Civilrechtes zu beurtheilen. Der Richter, welcher die Vergleichsverhandlungen leitet, wird darauf zu sehen haben, dass nicht unwirksame oder solche Vergleiche geschlossen werden, welche das Entstehen weiterer Streitigkeiten über die Rechtsfolgen des Vergleiches besorgen lassen. In letzterer Beziehung wird ein richterliches Eingreifen namentlich dann am Platze sein, wenn ein bedingter Vergleich geschlossen werden soll. Hierüber gesetzliche Normen aufzustellen, dürfte aber nur insoferne nöthig sein, als es einer gerichtlichen Intervention zur Constatierung der Erfüllung der Bedingung bedarf. Der Entwurf beschränkt dies auf den Fall, dass die Bedingung in der Ablegung eines Eides besteht. Es kann sich hier immer nur um die Erfüllung einer vertragsmäßigen Bestimmung handeln, es müssen also die Eventualitäten, welche bei Ablegung des Eides in Frage kommen, schon im Vertrage vorgesehen und geregelt werden. Die Lösung etwa offen gebliebener Fragen durch richterliche Entscheidung kann schon deshalb nicht in Aussicht genommen werden, weil es dem Entwurfe sonst an jedem Anlasse fehlt, sich mit der Ablegung normierter Eide zu beschäftigen (Regierungsmotive, S. 244).

Digitized by Google

2. Der verglichene Eid ist der letzte Rest des normierten Haupteides der alten Processordnungen. Für die Ablegung des Eides sind nach Art. XL, Einf.-Ges. die Bestimmungen des Gesetzes vom 3. Mai 1868, Nr. 33 R.-G.-Bl., zu beachten. Der Eid beginnt daher mit den Worten: „Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden einen reinen Eid, dass". Dann folgen die Worte des Eides und den Schluss bilden die Worte: „So wahr mir Gott helfe."

Der Eid darf nur Thatsachen — nicht Begriffe — zum Gegenstande haben und er darf nicht bei der Vergleichstagsatzung abgelegt werden, sondern es ist in dieser Tagsatzung erst die Eidestagsatzung zu bestimmen oder eine Frist zur Antretung des Eides festzusetzen. Diese Frist kann nach den allgemeinen Regeln (§ 128) verlängert werden.

3. Nach den bei Anm. 1 abgedruckten Motiven und nach Art. I Einf.-Ges. sind die Bestimmungen des § 233 der Gerichtsordnung und des H. D. v. 15. Juli 1784 Nr. 317 J. G. S., über die Wirkung des Todes des Eidespflichtigen vor Ablegung des Eides aufgehoben. Die im § 383 vorgeschriebene freie Würdigung der Erklärung einer verstorbenen Partei, die zu beweisenden Umstände eidlich bestätigen zu wollen, wird nur im Wege einer Feststellungsklage (§ 228) stattfinden können, und es wird sich daher bei Abschluss eines Vergleiches, wenn der Tod des Eidespflichtigen vor Ablegung des Eides zu besorgen ist, empfehlen, die in diesem Falle eintretenden Rechtsfolgen gleich im Vergleiche selbst festzustellen.

§ 206. Den Parteien sind auf ihr Verlangen und auf ihre Kosten Ausfertigungen des Vergleichsprotokolles oder des den Vergleich enthaltenden Verhandlungsprotokolles zu ertheilen. Ebenso ist, wenn ein durch Vergleich vereinbarter Eid abgelegt wurde, der darum ansuchenden Partei eine Abschrift des über die Eidesablegung aufgenommenen Protokolles zu ertheilen.

Fünfter Titel: **Protokolle**.

Verhandlungsprotokolle.

§ 207. Ueber jede mündliche Verhandlung vor Gericht ist ein Protokoll (Verhandlungsprotokoll) aufzunehmen. Dasselbe hat außer den durch das Gesetz im einzelnen angeordneten Aufzeichnungen und Angaben zu enthalten:

Digitized by Google

1. Die Benennung des Gerichtes, die Namen der Richter, des Schriftführers, und wenn ein Dolmetsch zugezogen wird, dessen Namen; die Angabe von Zeit und Ort der Verhandlung, und bei einer Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte die Angabe, ob die Verhandlung öffentlich gepflogen wurde oder die Oeffentlichkeit ausgeschlossen war;

2. die Namen der Parteien und ihrer Vertreter, sowie die kurze Bezeichnung des Streitgegenstandes;

3. die Benennung der Personen, welche als Parteien oder als deren Vertreter oder Bevollmächtigte zur Verhandlung erschienen sind.

1. Das Protokoll ist eine öffentliche Urkunde, deren Beweiskraft nach § 292 von der Einhaltung der vorgeschriebenen Form abhängt. Ueber die Form der Protokolle handelt der § 207, dessen Bestimmungen durch die Anordnungen der §§ 212, 213 über die Fertigung der Protokolle durch die Parteien, den Vorsitzenden und den Schriftführer ergänzt werden. Die Angaben des § 207 müssen in jedem Protokolle enthalten sein. Sie dienen hauptsächlich der Identitätsbestimmung, verfolgen also gleiche Zwecke, wie etwa die für Schriftsätze vorgeschlagene Bestimmung des § 75. Auch werden dadurch im voraus die Daten beschafft, welche für die Beurtheilung einer etwa wegen Nichtigkeit erhobenen Beschwerde (Berufung, Recurs) von Belang sind (Regierungsmotive, S. 245). Formale Mängel des Protokolles über die mündliche Verhandlung sind nach § 196 zu rügen, indem außerdem das Rügerecht erloschen ist (R. G. Leipzig, XIV, S. 383). Die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nach § 215 nur durch das Protokoll bewiesen werden. Der Verlauf und Inhalt der Verhandlung kann außer durch das Protokoll auch durch alle anderen Beweismittel erwiesen werden. Zum Unterschied von anderen gerichtlichen Aufzeichnungen ist für das Protokoll die Aufnahme während der Verhandlung unter Mitwirkung der Parteien vorgeschrieben, insofern ihnen dasselbe vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen ist und durch einen Widerspruch der Partei bemängelt werden kann (§ 212).

§ 208. Durch die Aufnahme in das Verhandlungsprotokoll sind festzustellen:

1. die Parteierklärungen, welche eine Einschränkung oder Abänderung des Klagebegehrens, eine ausdrückliche Anerkennung einer Schuld oder eines Theiles derselben oder Verzichtleistungen auf den geltend gemachten Anspruch oder einen Theil desselben oder auf Rechtsmittel enthalten, sowie Erklärungen über die beantragte eidliche Vernehmung einer Partei;

Digitized by Google

2. die während der Verhandlung von den Parteien gestellten Anträge, welchen vom Gerichte nicht stattgegeben wurde oder die bis zum Schlusse der Tagsatzung von den Parteien nicht zurückgezogen worden sind, insoweit dieselben die Hauptsache betreffen, oder für den Gang oder die Entscheidung des Processes von Erheblichkeit sind;

3. die bei der Verhandlung gefällten und verkündeten gerichtlichen Entscheidungen, sowie jene Anordnungen und Verfügungen des Vorsitzenden, wider welche ein Rechtsmittel zulässig ist.

Die unter Z. 1 und 2 erwähnten Erklärungen und Anträge können auch in besonderen Schriftstücken dem Protokolle als Anlagen beigefügt werden. In diesem Falle hat deren Feststellung durch das Verhandlungsprotokoll zu unterbleiben.

Gleiches gilt hinsichtlich der verkündeten gerichtlichen Entscheidungen, wenn dieselben gleichzeitig mit der Verkündung in schriftlicher Fassung dem Protokolle beigelegt werden.

1. Die Beurkundungen der im § 208 angeführten Parteierklärungen, Anträge und gerichtlichen Entscheidungen pflegen theils ihrer privatrechtlichen Wichtigkeit wegen, theils deshalb gefordert zu werden, weil dieselben gewissermaßen das Gerüste der Verhandlung bilden, welches der Rechtsmittelrichter zu überblicken imstande sein muss, und weil ohne die im § 208, Zahl 2 und 3 vorgeschriebenen Beurkundungen jede Beschwerde die Nothwendigkeit mit sich führen würde, die Verhandlung in der Rechtsmittelinstanz vom Anfange zu wiederholen. Bei den Dispositiverklärungen des § 208, Zahl 1 wirkt noch die Absicht mit, sie durch die Beurkundung gegenüber der erklärenden Partei selbst außerhalb des Bereiches der Anfechtbarkeit zu stellen. Die Protokollierbarkeit stattgefundener Vergleiche ist bereits durch § 204 ausgesprochen (Regierungsmotive, S. 245).

2. Einschränkungen und Abänderungen des Klagebegehrens (§ 235) sind in das Protokoll immer aufzunehmen, letztere also auch dann, wenn der Gegner der Abänderung nicht zustimmt. Als Abänderung des Klagebegehrens gilt hier auch, wenn statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird. Die Anerkennung einer Schuld ist mit Anerkenntnis des Anspruches im § 395 gleichbedeutend und von dem Geständnisse über Thatsachen zu unterscheiden, welches unter das Vorbringen des § 209 fällt. Bei einer Anerkennung wird die Aufnahme des Zugeständnisses der Thatsachen unterbleiben können.

Digitized by Google

Verzichtleistungen, oder nach § 394 Verzichte auf den geltend gemachten Anspruch oder einen Theil desselben sind auch dann aufzunehmen, wenn der Gegner die Erlassung des Urtheiles nicht beantragt.

Der Verzicht auf ein Rechtsmittel muss ausdrücklich erklärt sein. Die Präclusion durch Unterlassung der Rüge (§ 196) bedarf der Feststellung zu Protokoll nicht.

Die Bestimmung über die Aufnahme der Erklärung über die beantragte eidliche Vernehmung einer Partei ist von der Commission des Abgeordnetenhauses aus dem gestrichenen § 275 der Regierungsvorlage herübergenommen worden und hatte ursprünglich den Wortlaut, dass Erklärungen über die vom Gegner beantragte eidliche Vernehmung einer Partei zu protokollieren sind. Es wird sich daher hier nicht um die nach § 178 vorgeschriebenen allgemeinen Erklärungen über die angebotenen Beweise handeln, welche nach § 209 zu dem thatsächlichen Vorbringen gehören, sondern um die nach § 383 zulässige und nach § 272 zu würdigende Erklärung einer Partei, die zu beweisenden Umstände eidlich zu bestätigen.

3. Anträge der Parteien müssen nur dann protokolliert werden, wenn sie

a) während der mündlichen Verhandlung gestellt werden,
b) von den Parteien nicht zurückgezogen worden sind, und
c) von dem Gerichte abgewiesen oder gar nicht erledigt worden sind.

Sowohl die Anträge, welche die Hauptsache betreffen (Sachanträge), als auch die Zwischenanträge für einzelne Processacte sind hier gemeint, z. B. auf Verlängerung oder Abkürzung einer Frist (§§ 128, 129), auf Verlegung einer Tagsatzung (§ 134), auf Ausschluss der Oeffentlichkeit (§ 172), auf Zurückweisung von neuen Angaben und Beweisen (§ 179), auf Zurückweisung von Beweisen (§ 275), auf Vorlage von Urkunden (§ 303), auf Einvernahme entfernt wohnender Zeugen vor dem Processgerichte (§ 328), überhaupt in allen Fällen, in welchen nach der Civilprocessordnung für einzelne Verfügungen ein Antrag vorgeschrieben oder zulässig ist. Alle diese Anträge können für den Gang oder die Entscheidung des Processes von Erheblichkeit sein und es wird vorsichtig sein, keinen Antrag im Protokolle zu übergehen, weil ein Antrag in den Rechtsmittelinstanzen für erheblich angesehen werden kann, der dem Processgerichte erster Instanz nicht erheblich schien.

4. Unter den Entscheidungen des Gerichtes sind sowohl die Urtheile als auch die Beschlüsse erkennender und processleitender Natur zu verstehen, welche das Gericht oder

Digitized by Google

der die Verhandlung leitende Einzelrichter in der Verhandlung gefällt und verkündet hat. Diese müssen in das Protokoll aufgenommen werden, mag gegen dieselben ein Rechtsmittel zustehen oder nicht, doch braucht die Protokollierung von Beschlüssen, gegen die ein Rechtsmittel überhaupt nicht zusteht, nur flüchtig — ohne Angabe der Gründe — zu erfolgen (Regierungsmotive, S. 275).

Unter Anordnungen und Verfügungen des Vorsitzenden sind hier nur jene gemeint, welche von dem Vorsitzenden kraft seiner processleitenden Befugnis in der mündlichen Verhandlung ohne Beschlussfassung des Senates getroffen werden. Dieselben können gemäß § 516 durch das Rechtsmittel des Recurses angefochten werden, sofern nichts anderes angeordnet ist. Hier wird aber die Bestimmung des § 196 über die unterlassene Rüge von Mängeln, die Vorschrift des § 516 über die Unanfechtbarkeit der vom Vorsitzenden gefassten, nicht beim Gerichtshofe angefochtenen Beschlüsse und der Inhalt des § 186 wegen Bestreitung der auf die Processleitung bezüglichen Anordnungen des Vorsitzenden zu berücksichtigen sein, wonach nur gegen jene Anordnungen und Verfügungen des Vorsitzenden ein Rechtsmittel zulässig ist, gegen welche in der mündlichen Verhandlung beim Senate Abhilfe vergebens gesucht wurde. Andere Verfügungen des Vorsitzenden werden nur dann zu protokollieren sein, sofern dies nach § 209 zur Ersichtlichmachung des Ganges der Verhandlung nothwendig ist.

5. Die Protokollierung entfällt, wenn die Erklärungen, Anträge oder gerichtlichen Entscheidungen dem Protokolle schriftlich als Beilage angefügt werden. Dies kann vom Vorsitzenden angeordnet werden (§ 265), im Verfahren vor Bezirksgerichten nur dann, wenn die betreffende Partei durch Advocaten vertreten ist (§ 440). Auch kann eine solche schriftliche Feststellung im Verfahren vor Gerichtshöfen und Bezirksgerichten den Parteien gestattet werden (§ 265). Wenn an der Verhandlung Advocaten theilnehmen, wird sich unter Umständen eine wesentliche Erleichterung der Protokollierungsarbeit dadurch erzielen lassen, dass die zur Festhaltung des Verhandlungsvorbringens erforderlichen Verrichtungen zwischen Gericht und Parteien getheilt werden. Dem im Ausdrucke und in der Formulierung gewandten Advocaten ist es ein leichtes, den Inhalt eines Antrages, den er soeben mündlich gestellt, oder den Inhalt einer wichtigen Dispositiverklärung u. dgl. rasch in kurzer Fassung sofort niederzuschreiben. Der Vorsitzende, welcher der Ansicht ist, dass diese Art der Fixierung des Vorbringens im einzelnen Falle der unmittelbaren gerichtlichen Protokollierung

Digitized by Google

vorzuziehen sei, soll deshalb befugt sein, die Uebergabe einer solchen kurzen Niederschrift aufzutragen (§ 265). Es wird nicht überflüssig sein, darauf hinzuweisen, dass der Hauptsache nach gleiche Bestimmungen auch in der Civilprocessordnung für das Deutsche Reich enthalten sind und sich die Feststellung mündlicher Erklärungen durch Schriftsätze, welche dem Protokolle als Anlage beizufügen sind, während der bisherigen Wirksamkeit dieses Processgesetzes keineswegs als eine der Mündlichkeit oder der Lebendigkeit der Verhandlung abträgliche Einrichtung erwiesen hat. Sonst würde etwa die Besorgnis geäußert werden, dass Feststellungen zu Protokoll, wie sie § 265 in Aussicht nimmt, geeignet seien, bald wieder zu den „Protokollarreden“ des jetzigen mündlichen und summarischen Verfahrens zurückzuführen und die Unmittelbarkeit der Verhandlung zu unterdrücken. Diese Consequenz kann nicht eintreten, wenn das Gericht die gesetzlichen Vorschriften gewissenhaft befolgt. An seinem Widerstande wird bald der Versuch erlahmen, den Inhalt der Niederschrift über die Constatierung einer einzelnen Erklärung hinaus zu einer Darstellung des Sachverhaltes zu erweitern. Diesen Widerstand aber wach zu erhalten, wird sich die Aufsicht über die richterliche Geschäftsführung angelegen sein lassen müssen (Regierungsmotive, S. 263).

Deshalb darf die Niederschrift nur in der mündlichen Verhandlung selbst geschehen, ist vorzulesen und vom Gerichte auf ihre Richtigkeit zu prüfen (§ 265). Dieselbe ist zurückzuweisen, wenn sie der Wahrheit nicht entspricht oder sich nicht auf eine gedrängt zusammengefasste Darstellung der betreffenden Erklärung oder des Antrages beschränkt und es ist in diesem Falle die Protokollierung vorzunehmen.

6. In das Verhandlungsprotokoll sind außerdem aufzunehmen:

Die Rüge von Mängeln, wenn derselben nicht sofort bei der mündlichen Verhandlung stattgegeben wird (§ 196), Einwendungen gegen die Protokollierung (§ 212), die Aussagen der in der Verhandlungstagsatzung abgehörten Zeugen (§ 343) und Sachverständigen (§ 367), die Beobachtung der vorgeschriebenen Formalitäten bei deren Einvernahme, die Eideserinnerung bei der Vernehmung der Parteien (§ 377) und deren Aussage (§ 380) und über Antrag die abgeschlossenen Vergleiche (§ 204). Betreffs dieser Feststellungen zu Protokoll ist die Einlegung von Niederschriften der Parteien nicht zulässig, hat daher ausnahmslos zu unterbleiben.

Digitized by Google

§ 209. In jedes Protokoll über eine mündliche Verhandlung ist nebst den Angaben, welche den Gang der Verhandlung im allgemeinen erkennen lassen, der Inhalt des auf den Sachverhalt sich beziehenden beiderseitigen Vorbringens in gedrängt zusammenfassender Darstellung aufzunehmen.

Ferner sind in dem Protokolle die von den Parteien für streitig gebliebene Anführungen angebotenen Beweismittel zu bezeichnen.

Das Gericht kann auf Antrag oder von amtswegen anordnen, dass einzelne Theile des thatsächlichen Vorbringens oder der Beweisanbietungen ausführlicher in das Protokoll aufgenommen werden.

Kann eine Verhandlung nicht an einem Tage zu Ende geführt werden, so ist bei jeder einzelnen Tagsatzung das während derselben Vorgebrachte besonders zu protokollieren.

1. Die Güte der Rechtssprechung und die Einfachheit des Verfahrens hängen viel zu sehr von einer verlässlichen Sicherstellung des mündlichen Parteivorbringens ab, als dass es nicht versucht werden sollte, die Einrichtung des Verhandlungsprotokolles für diesen Zweck zu benützen. Im Gegensatze zu den meisten früheren Processentwürfen hat daher der vorliegende Entwurf die Festhaltung des mündlichen Vorbringens bei der Verhandlung zum Gegenstande eingehender Normierung gemacht und dabei auch insbesondere die im Gerichtsverfahren gegebenen besonderen Verhältnisse zu Gunsten einer solchen Festhaltung nach Thunlichkeit auszunützen gesucht. Es muss gelingen, im Wege des Verhandlungsprotokolles für das Urtheil eine gute Grundlage und allgemein eine Bürgschaft dafür zu schaffen, dass, was einmal in der Verhandlung angeführt worden, fortan für das Urtheil unverlierbar bleibe (Regierungsmotive, S. 190).

2. Der erste Absatz hat in Abänderung der Regierungsvorlage den Zweck des Protokolles dahin zusammengefasst, dass dasselbe „die wesentlichen Ergebnisse des auf den Sachverhalt sich beziehenden beiderseitigen Vorbringens in gedrängter zusammenfassender Darstellung aufzunehmen hat.“ Es ist dadurch schärfer als in der Regierungsvorlage bezeichnet, dass es sich bei diesem Protokolle nur um ein Resumé des Verhandlungsinhaltes handelt (Motive des Ausschusses, S. 32).

Was die Partei gemäß § 178 an thatsächlichen Umständen angegeben, über die von ihrem Gegner vorgebrachten thatsächlichen Angaben vorgebracht, betreffs der Ergebnisse der geführten Beweise erklärt und über die bezüglichen Ausführungen

Digitized by Google

des Gegners geäußert hat, wird in das Protokoll aufzunehmen sein. Desgleichen wird das Protokoll alles enthalten müssen, was der Vorsitzende oder ein anderes Mitglied des Senates bei der mündlichen Verhandlung gemäß § 182 zur Vervollständigung der thatsächlichen Angaben unternommen haben, und zwar selbst dann, wenn ihr Bemühen durch Verweigerung der Antwort oder sonst erfolglos geblieben ist. Endlich wird auch die Thatsache der Fragestellung seitens der Parteien (§ 184) und deren Resultat in dem Protokolle Aufnahme finden müssen.

3. Die angebotenen Beweismittel sind nur insofern zu bezeichnen, als die zu beweisenden Anführungen streitig geblieben. also nach § 266 von dem Gegner nicht ausdrücklich im Processe zugestanden worden sind. Nichtbeantwortung gegnerischer Behauptungen, Erklärungen mit Nichtwissen und Nichterinnern, Geständnisse unter Zusätzen und Einschränkungen, Widerrufe von Geständnissen und außergerichtliche Geständnisse unterliegen der Beurtheilung des Gerichtes (§§ 266, 267) in erster und höherer Instanz; die Anführungen sind streitig, daher die diesbezüglichen Beweismittel im Protokolle aufzunehmen.

Nach diesen Grundsätzen werden alle über streitig gebliebene thatsächliche Anführungen von den Parteien gemäß § 178 angebotenen Beweise, die gegnerischen Erklärungen über diese Beweise sowie die von dem Vorsitzenden und den Mitgliedern des Senates nach § 182 zur Ergänzung der Beweisanbietungen in der mündlichen Verhandlung unternommenen Schritte und deren positives oder negatives Resultat im Protokolle zu verzeichnen sein.

4. Der Ausschuss wollte durch die Stilisierung des dritten Absatzes hervorheben, dass die Anführung einzelner Theile des thatsächlichen Vorbringens oder der Beweisanbietung nur ausnahmsweise dann zu erfolgen habe, wenn es auf den einen oder anderen Theil dieses Vorbringens in dem Processe ganz besonders ankommt, wenn also bei mündlichen Verabredungen der genaue Wortlaut der Verabredung von Entscheidung sein kann, wenn Aeußerungen relevant sind, wo es gleichfalls auf den genauen Wortlaut ankommt, welche dann natürlich auch diesem Wortlaute nach im Protokolle fixiert werden müssen (Motive des Ausschusses, S. 32). Die diesbezügliche Verfügung steht nach § 214 bei Gerichtshöfen dem Vorsitzenden zu.

5. Auch betreffs des thatsächlichen Vorbringens entfällt die Protokollierung, wenn dasselbe dem Protokolle schriftlich als Beilage angefügt wird (§ 208, Anm. 5). Rechtliche Ausführungen gehören dagegen nicht in das Protokoll, dieselben sind nur in den Urtheilsgründen zu würdigen.

Digitized by Google

Die Bestimmung der Regierungsvorlage, welche auch die Protokollierung des rechtlichen Vorbringens ermöglichte, ist vom Ausschusse gestrichen worden, damit die Protokollierung nicht etwa überwuchere.

§ 210. Bei Angabe des Inhaltes des thatsächlichen Vorbringens und der Beweisanbietungen ist nach Thunlichkeit auf die vorbereitenden Schriftsätze, auf die Acten eines vorbereitenden Verfahrens, sowie auf die Darstellung des Sachverhaltes in einer Ausfertigung des Beweisbeschlusses Bezug zu nehmen; soweit vorbereitende Schriftsätze oder Acten eines vorbereitenden Verfahrens vorliegen, genügt es, wenn alle erheblichen Abweichungen des mündlichen Vorbringens protokolliert werden.

Eine Protokollierung der einzelnen Parteivorträge ist unstatthaft. Entwürfe zu Verhandlungsprotokollen dürfen nicht angenommen werden.

Die Weigerung der Parteien, am Protokollierungsacte theilzunehmen, hindert die Vornahme der Beurkundung nicht.

1. Was den eigentlichen Beurkundungsvorgang betrifft, soll — wie es auch der Natur der Sache entspricht — zwischen collegialgerichtlichem und einzelrichterlichem Verfahren unterschieden werden.

Das erstere verfügt über vorbereitende Schriftsätze, bisweilen außerdem über die Acten eines vorbereitenden Verfahrens, und hier sollen daher bei der mündlichen Verhandlung nur die erheblichen Abweichungen des thatsächlichen mündlichen Vorbringens vom Inhalte jener Acten zu Protokoll genommen werden. Diese Abweichungen können bei Gerichtshofverhandlungen durch kurze Niederschriften der Anwälte ersetzt werden. Aller Voraussicht nach ist damit das Protokollierungsgeschäft des Gerichtes auf ein Minimum eingeschränkt, und in jedem Falle wird sich die Protokollierung der Abweichungen ohne eine der misslichen Nebenwirkungen bewältigen lassen, die bei weiter ausgreifender Beurkundung vielleicht mit bestem Willen nicht ganz hätten hintangehalten werden können. Für das bezirksgerichtliche Verfahren dagegen, das auf Schriftsätze nicht rechnen kann und für welches daher die obenerwähnte Aushilfe versagt, wird die wünschenswerte Erleichterung innerhalb des Rahmens der für nothwendig befundenen Beurkundung des thatsächlichen Vorbringens dadurch erstrebt, dass für die einfachen Rechtssachen mit spärlichem Sachverhalt dem Richter die Wahl zwischen den Beurkundungsmitteln des Protokolles und des Urtheilsthatbestandes freigegeben wird (§ 445), und dort, wo ein ergehender Beweisbeschluss ohnehin die Zusammen-

Digitized by Google

fassung des verhandelten Thatsachenstoffes erheischt und ermöglicht, die Protokollierung durch die dann etwas ausführlichere Sachverhaltsdarstellung des Beweisbeschlusses ersetzt werden kann (§ 444). Außerhalb dieser beiden Fälle erscheint das Protokoll, und zwar regelmäßig in der Form des Resuméprotokolles (§ 443) das einzige Mittel, um den nachtheiligen Einflüssen der Verhandlungsvertagung und insbesondere der Nothwendigkeit des erneuerten Vorbringens früherer Processanführungen zu entgehen (Motive des Herrenhauses, S. 10).

2. Das Andictieren der Protokolle durch die Parteien und das Einlegen von den Parteien vorgelegter Entwürfe zu Protokollen wird im Absatz 2 verboten. Letzteres ist im § 477 Z. 8 ausdrücklich als Nichtigkeitsgrund erklärt. Das Einlegen von Protokollsentwürfen mit schriftlichen Ausführungen nach Art des heutigen Summarverfahrens, die Ausartung des Protokollierens in gewöhnlichen Schriftenwechsel soll das ganze Verfahren einschließlich des Urtheils nichtig machen und diese Nichtigkeit ist dem Verzichte der Parteien entrückt. Eine derartige Sanction dürfte allen Versuchen, langjährige Gewohnheiten und Bequemlichkeiten in den neuen Process zu verpflanzen und dadurch seine Ziele zu vereiteln, mit ausreichender Festigkeit dauernd im Wege stehen (Motive des Herrenhauses, S. 10.)

§ 211. Die im § 209 vorgeschriebene Protokollierung kann auch in der Art geschehen, dass der Vorsitzende oder der die Verhandlung leitende Einzelrichter unverzüglich nach Beendigung der Parteiverhandlung in Gegenwart der Parteien (§ 210, Abs 3) den aus ihrem Vorbringen sich ergebenden Sachverhalt in übersichtlicher Zusammenfassung darlegt und diese Darstellung, soweit thunlich, unter Bezugnahme auf den Inhalt der Processacten zu Protokoll gebracht wird.

Wenn der Umfang des Verhandlungsstoffes oder andere Umstände eine frühere Beurkundung nothwendig oder zweckmäßig erscheinen lassen, so kann eine derartige Protokollierung auch schon während der mündlichen Verhandlung in der Weise stattfinden, dass der Inhalt einzelner Abschnitte der Verhandlung (§§ 188, 189) zusammengefasst und zu Protokoll gebracht wird.

1. Die Protokollierung kann so stattfinden, dass die Verhandlung thatsächlich auf Schritt und Tritt durch sie gehemmt werde, aber es ist das weder nothwendig, noch möchte der Entwurf einen solchen Protokollierungsmodus vorschlagen. Es dürfte vielmehr angehen, die Protokollierung der mündlichen Verhandlung in einer Weise einzufügen, dass die Verhandlung, statt hiedurch gestört zu werden, durch die Protokollierung so-

Digitized by Google

gar noch eine gewisse Förderung empfängt. Um den richtigen Weg einzuschlagen, wird man sich bloß den Vorgang bei einer mündlichen Processverhandlung zu vergegenwärtigen haben. Angenommen, der Thatbestand des Klageanspruches ist ein zusammengesetzter. Das Rechtsverhältnis, wie es der Kläger darlegt, bietet dem Gegner mehrere Angriffspunkte, infolge dessen kann sich die Verhandlung nicht auf einzelne bestimmte Thatsachen (ihren Beweis und die Erörterung ihrer juristischen Bedeutung) concentrieren, sondern es muss über verschiedene Thatsachenreihen verhandelt werden, über eine Mehrheit von Vertheidigungsbehelfen, Einreden, Repliken u. s. w. — mit einem Worte, der Fall einer verwickelteren, schwierigeren Verhandlung. Es würde wohl nicht zum Ziele führen, wenn der Richter die Partei, die gerade am Worte ist, unterschiedslos über alles sprechen, beliebig von dem einen zu dem anderen übergehen, Angriff und Vertheidigung, Darlegung und Widerlegung, thatsächliches Vorbringen und rechtliche Erörterung mit einander vermengen ließe und sodann ihrem Gegner erlaubte, es ganz in der nämlichen Weise zu machen. In Ausübung des Processleitungsamtes wird das Gericht vielmehr, sobald es sich nur im allgemeinen über den Verhandlungsstoff zu orientieren vermochte, die Erörterungen der Parteien zunächst auf eine bestimmte Frage leiten und darauf beschränken, sie inhaltlich binden. Diese Bindung hat zur Folge, dass sich die gesammte Aufmerksamkeit aller Betheiligten nunmehr ausschließlich diesem einzelnen Punkte zuzuwenden vermag; derselbe wird nun in freier Wechselrede intensiv erörtert und geklärt, bis er entweder unmittelbar für die Verwertung bei der Entscheidung oder doch für die Erlassung einer Beweisführung reif ist. Auf dieselbe Art wird dann ein anderes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel vorgenommen und erörtert und so ein Streitpunkt nach dem anderen erledigt, bis sämmtliche Entscheidungsgrundlagen gegeben sind. Mit Hilfe solcher Sonderung wird dies auch bei einigermaßen reicherem Processtoffe verhältnismäßig leicht und rasch zu erzielen sein. Man wird zugeben müssen, dass eine Protokollierung, welche sich hier je nach Erledigung der einzelnen Streitpunkte einschiebt, bevor noch zu einem neuen Verhandlungsgegenstande übergegangen ist, ihre besonderen Vortheile hat. Die Verhandlung geht unbeirrt durch irgendwelche Aufschreibungen vor sich: Parteien und Richter erörtern den einzelnen Punkt in voller Lebendigkeit, vielleicht dass sich einer der Richter diese oder jene Angabe kurz aufzeichnet, während die Parteien sprechen. Nach erschöpfender Erörterung — und festzustellen, wann dies der Fall ist, liegt im Processleitungsamte des Richters — resumiert der Richter

Digitized by Google

das über diesen Punkt von den Parteien Vorgebrachte (die Behauptungen, Gegenbehauptungen, Zugeständnisse und Beweisanbietungen) in einigen kurzen Sätzen, fasst damit gewissermaßen in memoriam den Inhalt des durchgeführten Stückes der Verhandlung knapp zusammen, und eben diese Zusammenfassung wird protokolliert. Das Protokoll enthält dann wie über diesen ersten, so auch über die anderen Punkte und damit über den Inhalt der ganzen Verhandlung eine gedrängte, zusammenfassende Darstellung des thatsächlichen Parteivorbringens (§ 209). Ohne die Verhandlung zu belasten oder zu erschweren, Stück für Stück, parallel mit der Verhandlung selbst, wächst so das Protokoll und gibt ein treues Bild des Verhandlungsganges und ihres Inhalts. Die Art seiner Entstehung hat daneben noch den besonderen Nutzen, dass die Protokollierung gewissermaßen wie ein Beweisinterlocut wirkt, welches ja auch von verschiedenen Seiten für das mündliche Verfahren vorgeschlagen wurde, um dem allzuargen Auseinanderfließen des Verhandlungsstoffes einen Damm zu setzen, gewisse feste Ruhe- und Concentrationspunkte in die Verhandlung einzufügen. Ohne eigene processualische Vorkehrungen wird durch solche Protokollierung neben dem Zwecke der Festhaltung des Verhandlungsstoffes auch noch das Weitere erreicht, dass Richter und Parteien genöthigt sind, an gewissen Stellen der Verhandlung Halt zu machen, rückschauend die bisherigen Ergebnisse zusammenzufassen und aus dem Schwalle des Wortes auf diese Art den eigentlichen Processtoff allmählich herauszulösen. Wo der Verhandlungsinhalt ärmer ist, ein Bedürfnis nach gesonderter Erörterung einzelner Theile des Verhandlungsstoffes nicht besteht, da wird der Richter am Schlusse der Verhandlung die Ergebnisse derselben, den Inhalt des thatsächlichen Vorbringens in ähnlicher knapper Zusammenfassung darlegen und mit der Niederschrift dieses Resumés ist zugleich die Protokollierung des thatsächlichen Parteivorbringens beendet (Regierungsmotive, S. 248).

2. Das Resumé des Vorsitzenden oder Einzelrichters, welches nur das thatsächliche Vorbringen (§ 209), nicht auch die im § 208 angeführten Feststellungen zu umfassen hat, sowie die Protokollierung bilden einen Theil der mündlichen Verhandlung und haben in der Regel nach den Parteivorträgen, stets aber vor Schluss der Verhandlung zu erfolgen. Die Aufgabe des Richters gegenüber dem Protokolle ist eine so eigenartige, dass sie scharf ins Auge gefasst werden muss. Der Richter soll einerseits die mündliche Verhandlung leiten, lebendig in dieselbe eingreifen, er wird daher während derselben sich nur mehr oder weniger flüchtige Aufzeichnungen machen

Digitized by Google

können. . . Am Schlusse der Tagsatzung hat er für die Condensierung des ganzen Stoffes, welchen die Verhandlung erfüllt hat, in ein Protokoll zu sorgen.

Ohne die Hilfe, die selbstthätige Mitwirkung eines gebildeten, gewandten und verlässlichen Gerichtsschreibers ist die Aufgabe nicht zu lösen (Motive des Ausschusses, S. 31). Es wäre verfehlt, wenn der Schriftführer erst bei der Andictierung des Protokolles in Action treten würde. Derselbe wird während der Verhandlung das thatsächliche und rechtliche Vorbringen der Parteien und die den Gang der Verhandlung betreffenden Daten in kurzen Aufzeichnungen festzuhalten haben und dasselbe wird dem Vorsitzenden und den Mitgliedern des Senates obliegen, damit auf Grund dieser Aufzeichnungen sodann das Protokoll zusammengestellt werden könnte. Bei verwickelteren Processen wird der Vorsitzende schon vor der Verhandlung schriftliche Aufzeichnungen zu seinem unmittelbaren Gebrauche in der Verhandlung vorzubereiten haben, um durch kurze Noten Geständnis, Widerspruch, Abweichungen und Auslassungen constatieren zu können.

3. Eine besondere Aufmerksamkeit wendete der Ausschuss dem § 211 zu. Aus der neuen Diction desselben geht die Absicht des Ausschusses ganz deutlich hervor, dass die Protokollierung niemals in ein Dictieren ausarten darf, dass die mündliche Verhandlung in voller Unmittelbarkeit sich abzuspielen hat und dass erst am Ende derselben nicht etwa Rede und Gegenrede der Parteien in der Reihenfolge, in welcher sie dieselben vorgebracht haben, sondern eine vom Richter verarbeitete Zusammenfassung des Verhandlungsinhaltes zu Protokoll gegeben werden soll. Nur in dem Falle, als die Verhandlung eine zu weitläufige ist, oder wenn eine Vertagung nothwendig ist, soll der Richter dieses Zusammenfassen der Verhandlungsergebnisse entweder am Ende der Verhandlungstagfahrt vor der Vertagung der Sache oder in geeigneten Abschnitten vornehmen (Motive des Ausschusses des Abgeordnetenhauses, S. 32). Die Berufung auf die §§ 188, 189 lässt erkennen, dass der im zweiten Absatze geschilderte Vorgang der Protokollierung nach Abschnitten nicht im Belieben des Vorsitzenden liegt, sondern einen Beschluss des Senates voraussetzt.

Die Protokollierung soll keine weitläufige sein, insbesondere hat das Protokoll nicht die Aufgabe, den einzelnen Parteivortrag abzuconterfeien, wie etwa das Sitzungsprotokoll einer parlamentarischen Körperschaft. Es hat den Inhalt des gesammten Parteivorbringens zusammenzufassen, soweit derselbe überhaupt gesetzlich einen Gegenstand der Protokollierung

Digitized by Google

bildet; nicht so sehr die Verhandlung ist zu beurkunden, als die Verhandlungsergebnisse. Auf Grund der Verhandlung ist der Succus des beiderseits Vorgebrachten vom Richter in referierender Weise und in knappster Form festzustellen; das Protokoll soll mit anderen Worten den Verhandlungsstoff in seiner letzten, geläutertsten und daher einfachsten Abstraction wiedergeben, losgelöst von allen überflüssigen Zuthaten der Parteivorträge, so wie er sich dem am Schlusse der Tagsatzung oder des betreffenden Verhandlungsabschnittes rück- und überschauenden Blicke des Verhandlungsleiters darstellt; nicht in der chronologisch-historischen Ordnung, in der das Vorbringen allmählich zur Kenntnis des Richters kam, sondern systematisch gruppiert, den Netto-Verhandlungsinhalt, wie er dem Richter bei der Urtheilsschöpfung geistig gegenwärtig sein muss (Klein, Civilprocess-Gesetzentwürfe, S. 46).

4. Die Verzögerung, welche die Aufnahme des Protokolles während der Verhandlung verursacht, wird durch eine praktische Anwendung der Protokollierungsvorschriften möglichst zu vermeiden sein.

Im Verfahren vor Gerichtshöfen wird sich lediglich auf die Protokollierung der Abweichungen von dem Inhalte der Schriftsätze zu beschränken sein, welche gegebenenfalls von den Parteienvertretern in schriftlicher Fassung vorzulegen sein werden.

Im bezirksgerichtlichen Verfahren wird, wo es nur immer möglich ist, nach Vorschrift der §§ 444, 445 von der Protokollierung des auf den Sachverhalt sich beziehenden Parteivorbringens abzusehen und dessen Darstellung dem Beweisbeschlusse, resp. dem Urtheilsthatbestande vorzubehalten sein.

Immer aber, wo ein Protokoll in der Verhandlung aufgenommen werden muss, wird zwischen dem, den eigentlichen Klage- respective Einredegrund bildenden Sachverhalte und den sogenannten Hilfsthatsachen unterschieden werden müssen, welch' letztere herangezogen werden, um den eigentlichen Sachverhalt in das richtige Licht zu stellen und auszulegen. Erstere müssen protokolliert werden, letztere nur dann, wenn sie der Richter als zum Sachverhalte gehörig seinem Urtheile als Thatbestand zugrunde zu legen beabsichtigt. Denn wenn das Protokoll durch den Urtheilsthatbestand ersetzt werden kann, dann hat es auch nicht mehr zu enthalten, als für den Thatbestand vorgeschrieben ist. Solche thatsächliche Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche dem Richter unwesentlich oder nebensächlich zu sein scheinen, dürfen von der Fixierung ausgeschlossen

Digitized by Google

werden, weil § 180 den Vorsitzenden anweist, dafür Sorge zu tragen, dass die Sache erschöpfende Erörterung finde, die Verhandlung aber auch nicht durch Weitläufigkeit und unerhebliche Nebenverhandlungen ausgedehnt werde (Klein, Mündlichkeitstypen). Findet die Partei die Fixirung dieser Angriffs- oder Vertheidigungsmittel nothwendig, so kann sie allerdings deren Protokollierung in Form des Widerspruches erzwingen.

§ 212. Das aufgenommene Protokoll ist den Parteien zur Durchsicht vorzulegen oder vorzulesen und von ihnen zu unterschreiben. Den Parteien ist gestattet, nach der Einsichtnahme oder Verlesung des Protokolles auf jene Punkte aufmerksam zu machen, in welchen die im Protokolle enthaltene Darlegung des Verhandlungsinhaltes dem thatsächlichen Verlaufe der Verhandlung nicht entspricht. Eine dem Gerichte nothwendig scheinende Richtigstellung des Protokollsinhaltes hat durch einen Anhang zum Protokolle zu geschehen. Bleiben dagegen die Erklärungen der Parteien unberücksichtigt, so kann gegen die bezüglichen Angaben des Verhandlungsprotokolles Widerspruch eingelegt werden.

Wenn aus diesem oder aus einem anderen Grunde von einer Partei gegen einzelne Angaben des Protokolles Widerspruch erhoben wird, ist in einem Anhange zum Protokolle zu bemerken, dass und welche Einwendungen gegen die Protokollierung erhoben wurden.

Bei Vertretung durch einen Advocaten kann vom Gerichte angeordnet werden, dass der Widerspruch durch das Ueberreichen einer kurzen, dem Protokolle als Anlage beizufügenden Niederschrift festgestellt werde.

1. Der § 212 handelt von der Mitwirkung der Parteien, deren gesetzlichen Vertretern (§ 5) und Bevollmächtigten beim Abfassen der Protokolle. Die Parteien haben nicht bloß als stumme Zeugen zu assistieren, sondern sie sollen in Sachen der Protokollierung, wegen der dem Protokolle für das spätere Verfahren zukommenden Beweiskraft auch ein Wort mitsprechen können. Sie dürfen daher schon bei der mündlichen Darlegung des Verhandlungsinhaltes auf etwaige Unrichtigkeiten oder Auslassungen aufmerksam machen (Klein, Civilprocess-Gesetzentwürfe, S. 47) und die Entscheidung des Senates über die Protokollierungsverfügungen des Vorsitzenden verlangen.

Das zeitraubende Vorlesen des Protokolles soll nach den Motiven des Herrenhauses (S. 9) in der Regel durch das einfache Vorlegen zur Einsicht ersetzt werden. Das Vorlesen wird also nur dann stattzufinden haben, wenn die Vorlegung wegen nicht genügender Lesegewandtheit der Partei unthunlich erscheint.

Digitized by Google

Das laute Andictieren des Protokolles ersetzt dessen Vorlegung oder Vorlesung nicht, da das Dictum nicht immer richtig aufgeschrieben wird. Im Protokolle ist zu bemerken, ob dasselbe vorgelesen oder vorgelegt worden ist. Verzichten die Parteien auf die Vorlesung oder Vorlegung, so ist dieser Verzicht im Protokolle zu bemerken.

Die ausdrückliche oder stillschweigende Weigerung der Parteien, am Protokollierungsacte theilzunehmen, hindert die Aufnahme des Protokolles nicht (§ 210), ist jedoch gleichfalls im Protokolle zu bemerken.

2. Nach § 215 liefert das Protokoll über den Verlauf und Inhalt der Verhandlung vollen Beweis, soweit nicht ein ausdrücklicher Widerspruch einer Partei vorliegt. Es ist daher für die Parteien von besonderer Wichtigkeit, die Vollständigkeit und Richtigkeit des Protokolles zu controlieren. Auf den Inhalt des Protokolles können die Parteien dadurch einwirken, dass sie die Richtigstellung desselben durch Bezeichnung jener Punkte anregen, in welchen der Protokollinhalt dem thatsächlichen Verhandlungsinhalte nicht entspricht. Findet der Senat die erstrebte Richtigstellung zu veranlassen, was durch einen Anhang zum Protokolle geschieht, so ist damit die Sache geordnet. Wird die Anregung nicht berücksichtigt, so kann die Partei Widerspruch einlegen und hat dabei jene Punkte zu bezeichnen, deren Abänderung sie angestrebt hat, und in welcher Richtung sie die Abänderung angestrebt hat.

Wird im bezirksgerichtlichen Verfahren die Darstellung des Sachverhaltes einem Beweisbeschlusse (444) oder dem Urtheilsthatbestande vorbehalten (§ 445), so hat der Widerspruch bei der nächsten mündlichen Verhandlung, beziehungsweise innerhalb drei Tagen nach Verständigung von der Hinterlegung des Urtheilsthatbestandes zu erfolgen. Sind die Parteien durch Advocaten vertreten, so kann die schriftliche Abfassung des Widerspruches erfolgen. Das Ueberreichen solcher kurzer Niederschriften steht jedoch nicht im Belieben des Advocaten, sondern hat immer nur über Auftrag des Richters zu erfolgen (Motive des Auschusses, S. 32). Welche Bedeutung einem solchen Widerspruche beizumessen ist, hat das Berufungsgericht, nöthigenfalls nach mündlicher Verhandlung über die vom Widerspruche betroffenen Feststellungen und Angaben zu beurtheilen (§ 498).

§ 213. Kann eine Partei gar nicht oder nur mittels eines Handzeichens unterfertigen, so ist deren Name dem Protokolle durch den Schriftführer beizusetzen.

Digitized by Google

Entfernt sich eine Partei vor Vornahme der Protokollierung oder wird die Unterfertigung des Protokolles von ihr abgelehnt, so sind diese Vorgänge sowie die von der Partei dafür geltend gemachten Gründe in einem Anhange zum Protokolle anzugeben.

Dem Protokolle hat der Vorsitzende oder der die Verhandlung leitende Einzelrichter, der Schriftführer und ein der Verhandlung etwa beigezogener Dolmetsch seine Unterschrift beizusetzen. Bei Verhinderung des Vorsitzenden unterschreibt an dessen Statt das älteste Mitglied des Senates.

1. Das Protokoll ist von den Parteien zu unterschreiben. Können oder wollen sie dies nicht, so ist dieser Umstand im Protokolle als Anhang zu bemerken. Die Unterschrift der Parteien gilt als Zeichen der Theilnahme derselben an der Protokollierung, ist daher kein wesentlicher Bestandtheil des Protokolles und wird durch Unterlassung der Rüge (§ 196) geheilt. Dagegen ist die Unterschrift des Vorsitzenden oder Einzelrichters und des Schriftführers sowie des etwa beigezogenen Dolmetschers ein wesentlicher Theil des Protokolles, weil sonst die amtliche Beglaubigung fehlt, dass das Protokoll vor Gericht aufgenommen worden ist. Die Unterschrift des Vorsitzenden kann durch die Unterschrift des ältesten Mitgliedes des Senates ersetzt werden, die des Einzelrichters kann nicht ersetzt werden.

§ 214. Gegen die die Protokollierung betreffenden Beschlüsse und Verfügungen der die Verhandlung leitenden Einzelrichter ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

Wird im Verfahren vor Gerichtshöfen gegen die bezüglichen Beschlüsse und Verfügungen des Vorsitzenden Einsprache erhoben, so hat darüber der Senat zu entscheiden. Gegen diese Entscheidung findet ein abgesondertes Rechtsmittel nicht statt.

Eine Ausnahme von der Regel des § 214 enthält der § 265, indem dort der Beschluss, durch welchen schriftliche Feststellung der Parteien-Anträge und -Erklärungen angeordnet oder zugelassen wird, sowie die Entscheidung über die Richtigkeit einer solchen Feststellung für unanfechtbar erklärt werden. Gegen letztere Entscheidung kann aber Widerspruch (§ 212) eingelegt werden.

§ 215. Soweit nicht ein ausdrücklicher Widerspruch einer Partei vorliegt, liefert das in Gemäßheit der vorstehenden Vorschriften errichtete Protokoll über den Verlauf und Inhalt der Verhandlung vollen Beweis.

Digitized by Google

Die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden.

Die Beweiskraft der protokollarischen Beurkundung wird durch einen Wechsel in der Person der Richter nicht berührt.

1. Bezüglich der Beweiskraft des Protokolles unterscheidet das Gesetz zwischen den für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten und zwischen dem Verlaufe und Inhalte der Verhandlung. Zu den Förmlichkeiten der mündlichen Verhandlung werden gerechnet die Anwesenheit und Besetzung des Gerichtes, die Zuziehung des Schriftführers, die Oeffentlichkeit der Verhandlung, die Ausschließung derselben, die Anwesenheit der Verhandelnden und die Thatsache, dass verhandelt worden ist (Wilmowski, S. 259), die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen (Seuffert, Anm. 1), die Verkündigung der Entscheidungen (R. G. Leipzig, XVI, S. 331). Diese Förmlichkeiten — zu unterscheiden von der Form des Protokolles — können nur durch das Protokoll bewiesen werden. Andere Beweismittel sind ausgeschlossen, doch wird die Fälschung des Protokolles bewiesen und dessen Beweiskraft dadurch umgestoßen werden können. Die diesbezügliche ausdrückliche Bestimmung wurde von der Commission des Herrenhauses zwar gestrichen, jedoch nach den Motiven (S. 4) nur deshalb, weil es sich um eine entbehrliche Nebenbestimmung handelt.

Anträge, Gesuche und bei Gericht abzugebende Erklärungen, die mündlich vorgebracht werden dürfen und nicht nach gesetzlicher Vorschrift vom Richter selbst entgegenzunehmen sind, können in der Gerichtskanzlei zu Protokoll genommen werden (§ 58, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.)

Ausserhalb einer Verhandlung aufgenommene Protokolle.

§ 216. Die Protokolle, welche außerhalb einer mündlichen Verhandlung aufgenommen werden, haben nebst den im § 207 erwähnten Angaben und den gemäß § 208 etwa vorzunehmenden Feststellungen eine kurze Darstellung der Amtshandlung und eine gedrängte Angabe des Inhaltes des thatsächlichen Vorbringens der streitenden Theile oder dritter zugezogener Personen zu enthalten.

Die Bestimmungen der §§ 209 bis 215 haben auch für diese Protokolle Geltung.

Protokollsinhalt.

§ 217. Der Inhalt des Verhandlungsprotokolles und seiner Beilagen, dann der im Laufe eines Rechtsstreites durch einen

Digitized by Google

beauftragten oder ersuchten Richter aufgenommenen und dem erkennenden Gerichte vorliegenden Protokolle und ihrer Beilagen ist von amtswegen zu beachten.

Wenn die Parteien bei der durch einen beauftragten oder ersuchten Richter vorgenommenen Amtshandlung nicht anwesend waren, ist ihnen, sofern nicht die Bestimmungen des § 193, Absatz 3, zur Anwendung kommen, vor der Entscheidung Gelegenheit zu geben, sich in mündlicher Verhandlung über die Ergebnisse der bezüglichen Amtshandlung und die Angaben der eingesendeten Acten zu äußern.

1. Was zu dem Zwecke protokollarisch festgestellt wurde, damit es vom Richter bei seiner Entscheidung benützt werde, kann in keinem Falle unberücksichtigt gelassen werden (§ 217). Die Art der Berücksichtigung muss jedoch im Einklange mit der Natur des mündlichen Verfahrens erfolgen. Der Inhalt der Protokolle, welche vor einem beauftragten oder ersuchten Richter aufgenommen wurden, muss dem erkennenden Gerichte ohnehin in der mündlichen Verhandlung bekannt gemacht werden. Das Verhandlungsprotokoll aber kann nur ein solches Vorbringen enthalten, welches in der mündlichen Verhandlung bereits vorgetragen wurde. Wenn ein Vorbringen, weil z. B. eine Aenderung in der Besetzung des Gerichtes eintrat, wiederholt werden muss, so erstreckt sich die Nothwendigkeit der Wiederholung auch auf dasjenige Vorbringen, welches durch das Verhandlungsprotokoll festgestellt worden ist, wobei allerdings das Gericht von amtswegen die Uebereinstimmung des Vorbringens mit dem Protokolle zu überwachen hat (Regierungsmotive, S. 263).

2. Nicht nur das Protokoll, sondern auch dessen Beilagen sind zu berücksichtigen.

Als solche führt das Gesetz an: die nach §§ 208, Z. 1 u. 2, 209, 265 zu protokollierenden Anträge und Erklärungen sowie die gerichtlichen Entscheidungen, sofern sie in besonderen Schriftstücken dem Protokolle beigefügt werden (§ 208); die Niederschrift des Widerspruches gegen den Protokollinhalt (§ 212), die von den Parteien vorgelegten oder vom Gerichte beigeschafften (§ 183) Urkunden, Acten, Pläne, Risse, Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände; Vergleichungsschriften (§ 314).

3. Wenn der Streitverhandlung ein vorbereitendes Verfahren vorausgegangen ist, sind die Ergebnisse desselben bei der Streitverhandlung auf Grund der gerichtlichen Protokolle durch ein Mitglied des Senates vorzutragen (§ 262).

Das Ergebnis einer nicht vor dem erkennenden Gerichte erfolgten Beweisaufnahme hat der Vorsitzende auf Grund der

Digitized by Google

diese Beweisaufnahme betreffenden Protokolle und sonstigen Acten bei der mündlichen Verhandlung zu geeigneter Zeit darzulegen (§ 287).

Um die Beachtung des Protokollinhaltes mit dem Grundsatze des beiderseitigen Gehöres in Uebereinstimmung zu bringen, wird im § 217, Absatz 2 in Beziehung auf die Protokolle, welche durch einen beauftragten oder ersuchten Richter aufgenommen wurden, der Vorschlag gemacht, den Parteien noch vor der Entscheidung Gelegenheit zu einer mündlichen Aeußerung zu geben (Regierungsmotive, S. 264). Dies ist jedoch nur dann vorgeschrieben, wenn die Partei bei der Amtshandlung des ersuchten oder beauftragten Richters nicht anwesend war und wenn die Verhandlung nicht im Sinne des § 193, Abs. 3 vor der Beweisaufnahme geschlossen wurde. Für das vorbereitende Verfahren ist jedoch die Vorschrift des § 217 durch die Bestimmungen des § 254 beschränkt, wonach die im vorbereitenden Verfahren ausgebliebene Partei die thatsächlichen Behauptungen der erschienenen Partei nicht mehr mit Erfolg widersprechen und die Erklärungen über angebotene oder vorgelegte Beweise nicht mehr nachholen kann.

Sechster Titel: **Acten.**

§ 218. Jede Partei kann zur Begründung ihrer Anträge auch auf die ihr auf Veranlassung des Gegners zugestellten Schriftstücke Bezug nehmen. Sie kann, wenn diese Schriftstücke in Verlust gerathen sind, und sich auch kein Exemplar derselben bei Gericht befindet, verlangen, dass ihr der Gegner gestatte, auf ihre Kosten von den in seinen Händen befindlichen bezüglichen Schriftstücken Abschriften zu nehmen.

Bei Zulassung freier Beweiswürdigung wäre es ganz vergeblich, wenn man die Beweiskraft der von einer Partei beigebrachten Beweismittel durch einen Rechtssatz ausschließlich dieser Partei reservieren wollte. Ebensowenig lässt sich aber für ein wahrhaft mündlich unmittelbares Verfahren mit contradictorischer Parteiverhandlung zu Gunsten einer der Parteien ein Monopol zur Ausnützung des Beweisgehaltes der von ihr im Processe vorgelegten Schriftstücke schaffen. Der Gegner könnte schwer daran gehindert werden, in den Parteivorträgen in irgend einer Weise auf diese Schriftstücke auch zu seinen Gunsten sich zu berufen, und noch schwerer könnte dem Gerichte bei Anerkennung freier Beweiswürdigung zur Pflicht ge-

Digitized by Google

macht werden, den Inhalt solcher Schriftstücke zu gleicher Zeit als bekannt und unbekannt zu behandeln, zu beachten und unbeachtet zu lassen, je nachdem derselbe für die eine oder andere Partei bedeutsam ist. Diese mit dem Grundprincipe des neuen Verfahrens eng zusammenhängende Gemeinschaftlichkeit des Inhaltes und der Beweiskraft aller im Processe von einer Seite benützten und vorgelegten Schriftstücke ist dem geltenden Rechte gegenüber eine so wesentliche Neuerung, dass es nicht überflüssig sein wird, ihrer im Gesetze ausdrücklich zu gedenken. Aus der Berechtigung, derlei Schriftstücke im Processe zu Gunsten der eigenen Parteistellung zu verwerten, folgt dann die weitere Vorschrift des § 218 über die Gestattung der Abschriftnahme von selbst (Regierungsmotive, S. 249). Der Ansicht Schauers (S. 365), dass im Falle der Weigerung dem Gegner nach § 82 der Erlag des Schriftstückes zu Gericht mittels sofort vollstreckbaren Beschlusses aufgetragen werden könne, dürfte nicht beizutreten sein, da der § 82 von Urkunden handelt, hier aber Schriftsätze in erster Linie gemeint sind und der Beschluss nach § 82 überhaupt nicht vollstreckbar ist. Im Falle der Weigerung wird die Abschrift im Klagewege anzustreben sein (§ 317).

§ 219. Die Parteien können von sämmtlichen ihre Rechtssache betreffenden, bei Gericht befindlichen Acten (Processacten), mit Ausnahme der Entwürfe zu Urtheilen und Beschlüssen, der Protokolle über Berathungen und Abstimmungen des Gerichtes und solcher Schriftstücke, welche Disciplinarverfügungen enthalten, Einsicht nehmen und sich davon auf ihre Kosten Abschriften und Auszüge ertheilen lassen. Zum Zwecke der Vorbereitung ihrer Vorträge ist ihnen insbesondere auch in die Protokolle und Acten eines vorbereitenden Verfahrens Einsicht zu gewähren.

Mit Zustimmung beider Parteien können auch dritte Personen von den Processacten Einsicht nehmen und Abschriften erheben. Fehlt eine solche Zustimmung, so kann einem Dritten, insoweit er ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, eine solche Einsicht- und Abschriftsnahme vom Vorsteher des Gerichtes gestattet werden.

Die von einer Partei dem Gerichte übergebenen Schriftstücke sind dieser Partei auf ihr Begehren wieder auszufolgen, wenn der Zweck der Aufbewahrung entfallen ist.

1. Der Inhalt der bei Gericht befindlichen Processacten (§ 219) muss den Parteien innerhalb der Grenzen des eigentlichen Verhandlungsstoffes unbedingt zugänglich sein. Was von einer der Parteien im Wege des mündlichen Vorbringens zum Inhalte der Processverhandlung gemacht und dadurch zur

Digitized by Google

Kenntnis des anderen Theiles gebracht werden kann, zu dessen Kenntnis muss letzterer auch im Wege der Acteneinsicht gelangen können, denn die Processacten des mündlichen Verfahrens sind nichts Selbständiges, sie bestehen immer nur in Bezug auf eine Verhandlung, entweder bereiten sie eine mündliche Verhandlung vor, oder sie sind deren Widerschein, die Beurkundung einer solchen. Daraus allein schon folgt, dass die Einsicht in die Processacten keine enger begrenzte sein kann. In demselben Gesichtspunkte ist es aber auch begründet, wenn im § 219 die beliebige Einsicht- und Abschriftnahme in Ansehung der Entwürfe zu Urtheilen und Beschlüssen, der Protokolle über Berathungen und Abstimmungen und endlich solcher Schriftstücke versagt wird, welche disciplinäre Verfügungen enthalten (Regierungsmotive, S. 250).

Die von anderen Behörden dem Processgerichte als Beweismittel zugesendeten Acten: Strafacten, Verwaltungsacten, Acten einer anderen Processache, sowie eigene Acten des Processgerichtes zu einer anderen Processache gehören nicht zu den Processacten und ist deren Einsicht- und Abschriftnahme nach Absatz 2 zu beurtheilen.

2. Die Vorschriften über die Bewilligung der Acteneinsicht an dritte Personen weichen vom geltenden Rechte nicht erheblich ab. Zur Ertheilung dieser Bewilligung wurde der Gerichtsvorsteher ermächtigt, weil eine solche Entscheidung auf freiem Ermessen beruhen muss und in der Regel sofort erfolgen soll (Regierungsmotive, S. 250). Voraussetzung ist die Glaubhaftmachung (§ 274) eines rechtlichen Interesses (§ 17, Anm. 1). Dasselbe muss nicht ein privatrechtliches Interesse sein und muss nicht zu dem betreffenden Processe oder zu einer der Processparteien in Beziehung stehen. Es kommt nur auf das Interesse an der Einsicht der Acten an. Immer muss aber das Interesse ein rechtliches sein.

Die Gestattung oder Ablehnung der Einsicht muss die Rechtsverhältnisse des Dritten berühren (Wilmowski, S. 484).

In zweifelhaften Fällen wird es sich empfehlen, von der Bewilligung der Acteneinsicht die betheiligten Processparteien zu verständigen und vor der Acteneinsicht die Rechtskraft des betreffenden Bescheides abzuwarten.

3. Da zu den Processacten auch solche Schrifstücke gehören können, welche einem Gerichte bloß für die Zwecke und für die Dauer eines Verfahrens oder einzelner Stadien desselben übergeben werden, so muss noch bestimmt werden, dass und wann diese Schriftstücke zurückgenommen werden dürfen (Re-

Digitized by Google

gierungsmotive, S. 250). Die Schriftsätze welche bei Gericht zurückbehalten werden und auf denen die gerichtlichen Verfügungen entworfen sind, werden dadurch zu Amtsacten und sind nicht zurückzustellen; wohl aber sind Auskunftssachen und andere Beweisgegenstände, welche nicht zu den Schriftstücken gehören, gleich diesen zurückzustellen. Insbesondere werden die gemäß § 316 bei Gericht zurückbehaltenen bedenklichen Urkunden, Processvollmachten (§ 30) und Processlegitimationen (§ 4) zurückzustellen sein.

4. Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften sind von der Gerichtskanzlei zu ertheilen, vom Vorsteher oder von dem leitenden Beamten der Gerichtskanzlei oder von dem dazu besonders bestimmten Kanzleibeamten zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen (§ 56, Ges. v. 27. Nov. 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.)

Siebenter Titel: **Strafen.**

§ 220. Eine Ordnungsstrafe darf den Betrag von fünfzig Gulden, oder wenn dieselbe gegen einen Advocaten verhängt wird, den Betrag von hundert Gulden, eine Muthwillensstrafe den Betrag von dreihundert Gulden nicht übersteigen.

Die nach den Bestimmungen dieses Gesetzes gegen eine Person verhängten Geldstrafen fließen dem Armenfonde des Ortes zu, in welchem diese Person ihren Wohnsitz hat; wenn aber ein solcher Wohnsitz im Geltungsgebiete dieses Gesetzes nicht begründet oder nicht bekannt ist, dem Armenfonde des Ortes, in welchem das Gericht seinen Sitz hat, das die Strafe verhängte.

Im Falle der Zahlungsunfähigkeit ist die Geldstrafe in Haft umzuwandeln. Die Dauer der Haft hat das Gericht zu bestimmen; die Haft darf jedoch zehn Tage nicht überschreiten.

Strafverfügungen sind von amtswegen zu vollziehen.

1. Die Höhe der Ordnungsstrafe von 100 fl. für Advocaten und von 50 fl. für andere Personen gilt auch für die nach § 200 in Handhabung der Sitzungspolizei gegen Processbevollmächtigte zu verhängenden Geldstrafen, wenn auch dort für Processbevollmächtigte ohne Unterschied Geldstrafe bis zur Höhe von 100 fl. angedroht ist.

2. Ordnungsstrafen werden vom Gesetze gegen die Parteien, deren Vertreter und Bevollmächtigte, gegen andere bei dem Processe betheiligte Personen, Zeugen und Sachverständige, sowie gegen außerhalb des Processes stehende Personen angedroht.

Digitized by Google

a) Nach § 86 kann gegen eine Partei (deren gesetzlichen Vertreter oder Bevollmächtigten), welche in einem Schriftsatze die dem Gerichte schuldige Achtung verletzt oder den Gegner, einen Vertreter, Bevollmächtigten, Zeugen oder Sachverständigen beleidigt, eine Ordnungsstrafe verhängt werden.

b) Wegen einer Beleidigung der Mitglieder des Gerichtes, einer Partei, eines Vertreters, Zeugen oder Sachverständigen bei der Verhandlung ist gegen den Processbevollmächtigten nach § 200, gegen die Parteien, deren gesetzliche Vertreter, gegen Zeugen, Sachverständige und unbetheiligte Personen nach § 199 eine Ordnungsstrafe zu verhängen.

c) Advocaten verfallen der Ordnungsstrafe nach § 179, wenn ihnen bei verspätetem Vorbringen zur Verschleppung des Processes ein grobes Verschulden zur Last fällt.

d) Zeugen und Sachverständige, welche trotz ordnungsmäßiger Ladung ohne genügende Entschuldigung nicht erscheinen, müssen in eine Ordnungsstrafe verfällt werden (§§ 333, 354).

3. Parteien, deren gesetzliche Vertreter und Bevollmächtigte verfallen einer Muthwillensstrafe bei Erschleichung des Armenrechtes (§ 69), bei muthwilliger Bestreitung der Echtheit einer Urkunde (§ 313), bei muthwilliger Erhebung der Revision (§ 512) oder des Revisionsrecurses (§ 528). Außerdem ist gegen Zeugen und Sachverständige, welche die Aussage oder die Abgabe eines Gutachtens verweigern, eine Muthwillensstrafe zu verhängen, wenn die Weigerung eine muthwillige war (§§ 326, 354). Nach § 408 ist die unterliegende Partei, welche offenbar muthwillig Process geführt hat, zur Leistung eines Entschädigungsbetrages an den Gegner zu verurtheilen.

4. Ueber die Art der Eintreibung der Geldstrafen bestimmt die V. v. 5. November 1852, Nr. 227 R.-G.-Bl.:

§ 1. Jede Gerichtsbehörde erster Instanz hat sowohl die von ihr selbst verhängten als diejenigen Geldstrafen, zu deren Eintreibung sie von einer höheren Behörde angewiesen wird, einzuheben und die Einhebung amtlich zu überwachen. — Zu diesem Ende hat dieselbe der zur Zahlung einer Geldstrafe verurtheilten Person aufzutragen, den Betrag binnen 8 Tagen nach Rechtskraft der Verordnung, wodurch die Geldstrafe ausgesprochen wurde, bei dem Expeditamte des Gerichtes zu erlegen, nach fruchtlosem Ablaufe der Frist aber die Einhebung

Digitized by Google

entweder durch einen Gerichtsvollzieher, welcher darüber binnen einer bestimmten Frist zu berichten hat, oder falls die zur Zahlung einer Geldstrafe verurtheilte Person außerhalb des Gerichtsortes wohnen sollte, durch das Bezirksgericht, in dessen Sprengel sie ihren Wohnort hat, zu veranlassen.

§ 2. Bei nicht erfolgter Zahlung ist die Execution von dem dazu abgeordneten Gerichtsvollzieher sogleich dadurch vorzunehmen, dass dem Zahlungspflichtigen soviel als der Betrag der Geldstrafe ausmacht, von dem vorfindigen beweglichen Vermögen abgenommen wird. Das Abgenommene ist zu Gericht zu erlegen, oder wenn die gerichtliche Deponierung nicht thunlich wäre, einem verlässlichen Manne in Verwahrung zu übergeben, und falls es nicht in Geld oder in öffentlichen Staatsschuldverschreibungen bestände, nach vorläufiger, von amtswegen durch einen Sachverständigen zu veranlassender Schätzung bei der nächst vorfallenden gerichtlichen Feilbietung, längstens aber binnen 14 Tagen nach der vorgenommenen Pfändung, und zwar erforderlichen Falles auch unter dem Schätzungswerte im Versteigerungswege zu verkaufen, worauf der Strafbetrag sammt den allfälligen Kosten zu berichtigen, der allfällige Ueberrest aber der Partei auszufolgen ist.

§ 3. Nur in Fällen, in welchen zur Eintreibung einer Geldstrafe die Execution auf ein unbewegliches Gut oder auf eine, auf einem unbeweglichen Gute haftende Forderung geführt werden muss, hat das Gericht die gesetzliche Eintreibung derselben unter Mittheilung des vorläufig mit der Bestätigung der Rechtskraft versehenen Erkenntnisses der für das Kronland bestellten k. k. Finanzprocuratur (oder Abtheilung) zu überlassen.

§ 4. Die Berufungsbehörden haben sich zur Einhebung der von ihnen verhängten Geldstrafen jederzeit der Gerichtsbehörden zu bedienen, durch welche die Verordnung, womit die Geldstrafe ausgesprochen wurde, der Partei kundgemacht wird.

Die übrigen Bestimmungen dieser Verordnung erscheinen aufgehoben. Die nach §§ 199, 200 verhängten Geldstrafen können sofort eingehoben werden, bei den übrigen hemmt der Recurs die Einhebung (§ 524).

Die Abfuhr der Geldstrafen regelt die M.V.v. 11. Februar 1855 Nr. 30 R.-G.-Bl. Die eingehobenen Strafbeträge sind von Fall zu Fall unter Benennung des Verurtheilten und unter Angabe des richterlichen Erkenntnisses an die Casse jenes Armeninstitutes abzuführen, welchem der Strafbetrag nach dem Gesetze zuzufallen hat.

Digitized by Google

Die Gerichte haben hierüber genaue Vormerkungen zu führen, in welchen die geschehene Abfuhr und die Empfangsbestätigung der Casse gehörig ersichtlich zu machen ist, und jedes Erkenntnis, wodurch eine Geldstrafe verhängt wird, dem Vorstande des betreffenden Armeninstitutes im Auszuge mitzutheilen. — Außerdem ist von der Abfuhr der Geldstrafe die Bezirksvertretung zu verständigen.

5. Betreffs der Umwandlung einer uneinbringlichen Geldstrafe in Haft wurde das Maximum der Haft unter die Grenze herabgesetzt, welche nach dem bisher üblichen Umwandlungsmaßstabe dem Maximum der zulässigen Geldstrafe entspräche (Regierungsmotive, S. 250). Es wird daher von den Bestimmungen des § 4 der M.V. v. 5. November 1852, Nr. 227 R.-G.-Bl., dass die Geldstrafe in der Regel in Arrest von je einem Tage für 5 fl. zu verwandeln sei, wenn das Gericht nicht auf eine verhältnismäßig kürzere Arreststrafe zu erkennen findet, nur dann Gebrauch gemacht werden können, wenn die Haft nach dieser Berechnung nicht länger als 10 Tage dauern würde. Dagegen verbleiben die Bestimmungen dieser Verordnung in Kraft, sofern die kürzeste Haftdauer mit 12 Stunden festgesetzt ist und sofern das Gericht, welches die Geldstrafe verhängt hat, zur Umwandlung derselben berufen erscheint.

Achter Titel: **Sonntagsruhe und Gerichtsferien.**

§ 221. An Sonntagen, sowie am Weihnachtstage dürfen Tagsatzungen nicht abgehalten werden. Die Anberaumung einer Tagsatzung auf einen anderen Feiertag ist nur bei Gefahr im Verzuge zulässig.

Welche Tage im Sinne dieses Gesetzes als Feiertage zu gelten haben, wird durch Verordnung bestimmt.

In seiner allgemeinen Fassung gilt der § 221 für alle Tagsatzungen, auch im Besitzstörungsverfahren und für Tagsatzungen vor einem ersuchten oder beauftragten Richter. Die Parteien können jedoch auf die Einwendung verzichten und auch an Sonntagen verhandeln.

Sonn- und Feiertage haben außerdem auf die Zustellung (§ 100), auf die Befestigung der schriftlichen Anzeige an der Eingangsthüre eines verschlossenen Geschäftslocales (§ 104) und auf den Fristenlauf (§ 126) Einfluss, sofern Zustellungen an Sonn- und Feiertagen nicht erfolgen dürfen, der Anschlag ver-

Digitized by Google

boten ist und eine an einem Sonn- oder Feiertage endende Frist erst am nächsten Werktag endet.

§ 222. Die Gerichtsferien dauern sechs Wochen. Der Beginn derselben wird für die einzelnen Königreiche und Länder im Verordnungswege festgesetzt.

§ 223. Während der Gerichtsferien werden nur in Ferialsachen Tagsatzungen abgehalten und Entscheidungen erlassen.

Auf das Mahnverfahren, sowie auf das Executionsverfahren mit Einschluss der Verhandlung über die Meistbotvertheilung haben die Gerichtsferien keinen Einfluss.

1. Nur betreffs der Tagsatzungen und der Entscheidungen tritt während der Gerichtsferien die Beschränkung ein, dass erstere nicht abgehalten, letztere nicht erlassen werden können. Processleitende Verfügungen: Anordnung von Tagsatzungen auf einen Tag nach den Ferien, Zustellungen u. s. w. können auch während der Ferien erfolgen (Wilmowski, S. 1366). Entscheidung ist nicht nur das Urtheil, sondern auch jeder Beschluss, durch welchen über einen Antrag erkannt wird. Davon zu unterscheiden sind eben die processleitenden Verfügungen, durch welche, ohne über den Antrag abzusprechen, nur die zur Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens nothwendigen Processhandlungen eingeleitet werden. Entscheidungen werden erlassen durch ihre Verkündigung und durch die Zustellung der nicht verkündeten. Die Zustellung vor den Gerichtsferien verkündeter Entscheidungen während der Ferien ist daher zulässig.

2. Wird eine Tagsatzung entgegen der gesetzlichen Vorschrift während der Gerichtsferien angeordnet, so braucht die Partei nicht zu erscheinen und es kann gegen sie ein Versäumnisurtheil nicht erlassen werden. Erscheint sie aber und lässt sich in die Verhandlung ein, ohne den Mangel zu rügen, so ist derselbe geheilt (§ 196). Wird gegen die Vorschrift des Gesetzes eine Entscheidung erlassen, so muss dieselbe durch die zulässigen Rechtsmittel angefochten werden, wenn diese Formverletzung beseitigt werden soll.

Das Mahnverfahren endet mit dem Widerspruche gegen den Zahlungsbefehl, die Tagsatzung zur Verhandlung über die Klage darf nicht in den Ferien angeordnet werden. Exscindierungsklagen gehören nicht zur Zwangsvollstreckung.

§ 224. Ferialsachen sind:

1. Wechselstreitigkeiten;

2. Processe, in welchen über die Fortsetzung eines angefangenen Baues gestritten wird;

Digitized by Google

3. Streitigkeiten wegen Störung des Besitzstandes bei Sachen und bei Rechten, wenn das Klagebegehren nur auf den Schutz und die Wiederherstellung des letzten Besitzstandes gerichtet ist;

4. Streitigkeiten über Aufkündigung, Uebergabe und Uebernahme gepachteter oder gemieteter Sachen, Wohnungen oder anderer Räume und solcher Sachen, die gegen einen Zins in Früchten (§ 1103 a. b. G.-B.) zum Gebrauche überlassen wurden;

5. Streitigkeiten aus dem Dienst- und Lohnvertrage zwischen Dienstgebern und Dienstboten oder anderen im Dienstvertrage stehenden Personen, zwischen Land- und Forstwirten und ihren land- und forstwirtschaftlichen Hilfsarbeitern und Taglöhnern, zwischen Bergwerksbesitzern und allen sonstigen Arbeitgebern und den von ihnen beschäftigten Werkführern, Gehilfen, Arbeitern oder Lehrlingen, sowie Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnisse der Schiffsmannschaft;

6. Streitigkeiten zwischen Wirten, Schiffern, Flößern oder Fuhrleuten einerseits und ihren Gästen, Reisenden oder Auftraggebern anderseits über die aus diesen ihren gegenseitigen Verhältnissen entspringenden Verpflichtungen;

7. alle sonstigen Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert den Betrag von fünfzig Gulden nicht übersteigt;

8. Anträge auf Bewilligung, Einschränkung oder Aufhebung von einstweiligen Verfügungen.

Der Vorsteher des Gerichtes oder der Vorsitzende des Senates, dem eine Rechtssache zugewiesen ist, kann überdies auch andere Sachen, soweit sie einer schleunigen Erledigung bedürfen, von Fall zu Fall als Ferialsache erklären. Eine solche Verfügung kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden.

1. Wechselstreitigkeiten sind solche, welche aus Wechselgeschäften entspringen (§ 51 J. N.), in welchen wechselmäßige Ansprüche geltend gemacht werden (§ 555), deren Fundament der Literalcontract der Wechselurkunde, nicht ein außerhalb derselben liegendes Rechtsgeschäft bildet (Wilmowski, S. 851). Die Bereicherungsklage aus Art. 83 W. O.; die Klage auf Ausstellung eines Wechsels, die Klage des Bezogenen gegen den Aussteller des Wechsels gehören nicht zu den Wechselstreitigkeiten.

2. Die Processe, in welchen über die Fortsetzung eines angefangenen Baues gestritten wird, werden in der Regel im Besitzstörungsverfahren (§ 455) ausgetragen. Nach-

Digitized by Google

dem jedoch unter Ziffer 3 der Besitzstörungssachen besonders Erwähnung geschieht, werden auch die im ordentlichen Verfahren auf Grund des § 340 a. b. G.-B. anhängig gemachten Processe als Ferialsachen zu behandeln sein, während unter Ziffer 3 nur die eigentlichen Besitzstörungsklagen (§ 454) gemeint sind.

3. Nicht alle Mietstreitigkeiten (§ 49, Z. 5 J. N.) sind Ferialsachen, sondern nur jene, welche die Aufkündigung, Uebergabe oder Uebernahme gepachteter oder gemieteter oder im Colonenverhältnisse (§ 1103 a. b. G.-B.) stehender Sachen betreffen. Es muss sich um ein Miet- oder Pachtverhältnis handeln, andere Klagen auf Uebergabe oder Räumung aus einem anderen Rechtstitel, gehören nicht hieher. Wohl aber braucht das Miet- oder Pachtverhältnis nicht mehr zu bestehen, es kann wegen Ablaufes der Zeit oder aus anderen Gründen in seinem Bestande angefochten werden. Auch die im § 49 J. N. besonders angeführten Streitigkeiten wegen Zurückhaltung der invecta et illata sind hier ausgelassen, daher keine Ferialsachen (A. M. Schauer, S. 369).

4. Die Ziffern 5, 6 stimmen mit den Competenzvorschriften des § 49, Z. 6, 7 J. N. überein, Ziffer 7 bezeichnet alle Bagatellsachen (§ 448) als Ferialsachen. Die Bestimmungen über einstweilige Verfügungen sind in den §§ 378 ff. der Executionsordnung enthalten.

5. Außerdem kann der Gerichtsvorstand oder Vorsitzende des Senates (Einzelrichter) auch andere Sachen von Fall zu Fall als Ferialsachen erklären. Naturgemäß wird dies nur über Antrag der Partei zu erfolgen haben, da sonst kein Grund vorliegt, über den Wunsch der Partei hinaus von der gesetzlichen Vorschrift über die Gerichtsferien abzugehen. Ob die Sache einer schleunigen Erledigung bedürfe, unterliegt dem freien Ermessen. Die Erklärung als Ferialsache muss ausdrücklich erfolgen, die Anordnung der Tagsatzung während der Ferien ersetzt diese Erklärung nicht. Die betreffende Verfügung ist unanfechtbar; gegen die Ablehnung des Antrages dagegen steht der Recurs zu. Nicht nur während der Ferien anhängig gewordene, sondern auch schon vor den Ferien anhängig gewesene Sachen können als Ferialsachen erklärt werden.

§ 225. Die Gerichtsferien hemmen den Lauf einer Frist; der noch übrige Theil der Frist beginnt mit dem Ende der Gerichtsferien zu laufen.

Digitized by Google

Fällt der Anfang einer Frist in die Gerichtsferien, so beginnt der Lauf der Frist mit dem Ende der Gerichtsferien. Auf Anfang und Ablauf von Nothfristen und von Fristen in Ferialsachen hat der Eintritt der Gerichtsferien keinen Einfluss.

1. Außer auf Nothfristen (§ 128, Anm. 2) und auf alle Fristen in Ferialsachen (§ 224) haben die Gerichtsferien keinen Einfluss auf Jahresfristen (§ 125), auf die uneigentlichen Fristen (§ 123, Anm. 1), auf die Präclusivzeiträume für die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen (§ 123, Anm 3) und auf alle Fristen, welche nicht zu den Processfristen (§ 123, Anm. 1) gehören, insbesondere also nicht auf die Zahlungsfristen. Die Bestimmungen über die Gerichtsferien sind von dem Ausschusse des Abgeordnetenhauses in das Gesetz eingefügt worden, wobei der Entwurf vom Jahre 1881, jedoch mit der Abänderung benützt worden ist, dass der den Einfluss der Ferien auf den Fristenlauf regelnde § 225 aus dem die Processfristen regelnden Titel in den Titel über die Gerichtsferien herübergenommen wurde.

Dass dies in der Absicht geschehen wäre, die betreffenden Bestimmungen für alle Fristen zu generalisieren ist nicht ersichtlich und nicht anzunehmen und es wird daran festzuhalten sein, dass nur die Fristen zur Vornahme von Processhandlungen, die Processfristen durch die Ferien berührt werden, diese aber ohne Rücksicht darauf, ob sie Einlassungsfristen, Fristen für vorbereitende Schriftsätze oder andere Fristen zur Vornahme von Processhandlungen sind.

2. Der Einfluss der Gerichtsferien auf den Fristenlauf besteht darin, dass die Ferienzeit in die Frist nicht eingerechnet wird. Während der Ferien kann eine Frist weder beginnen, noch weiterlaufen, noch enden. Hat sie bereits vor den Ferien begonnen, so sind die in die Ferien fallenden Tage: der noch übrige Theil der Frist, von dem Ende der Ferien zu rechnen.

Beginnen beispielsweise die Ferien am 15. Juli, so enden sie nach 6 Wochen, sohin am 26. August und sowohl der 15. Juli als der 26. August sind Ferialtage. Hat eine einmonatliche Frist am 12. Juli begonnen, würde sohin ohne Ferien am 12. August enden, so beträgt diese Frist 31 Tage, von denen 2 Tage vor den Ferien und 29 Tage nach den Ferien zu rechnen sind, so dass die Frist am 24. September endet. Bei einer längeren Frist, deren Beginn in die Zeit vor den Ferien und deren Ende in die Zeit nach den Ferien fallen würde, z. B. bei einer zweimonatlichen, am 12. Juli beginnen-

Digitized by Google

den Frist, welche am 12. September enden würde, sind die ganzen 6 Ferialwochen abzurechnen, so dass das Ende der Frist 6 Wochen nach dem 12. September, also auf den 24. October fällt. Fällt der Anfang der Frist in die Ferien, so beginnt sie mit dem 27. August. In allen Fällen, in denen das Ende der so berechneten Frist auf einen Sonn- oder Feiertag fällt, endet dieselbe erst mit dem nächstfolgenden Werktag (§ 126). Nachdem das Ende einer Frist auch durch Angabe eines bestimmten Kalendertages bezeichnet werden kann (§ 126) und bei Fristverlängerungen bezeichnet werden muss (§ 128), so ist in diesem Falle auf die Gerichtsferien Rücksicht zu nehmen und dies in dem betreffenden Bescheide auszudrücken (§ 128, Anm. 5).

Bei gesetzlichen oder richterlichen Fristen, die in bürgerlichen Rechtssachen einer Partei zur Abgabe von Erklärungen, Anbringung von Anträgen, Ueberreichung von Schriftsätzen oder zur Vornahme anderer, ein gerichtliches Verfahren betreffenden Handlungen offen stehen, werden die Tage des Postenlaufes nicht eingerechnet. Schriftliche Eingaben an das Gericht können auch im telegraphischen Wege erfolgen; insbesondere kann die Erhebung der Berufung, Revision oder des Recurses telegraphisch geschehen. Die näheren Vorschriften über die geschäftliche Behandlung solcher Depeschen sind im Verordnungswege zu erlassen (§ 89, Ges. v. 27. Nov. 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.)

Digitized by Google

Civilprocessordnung.

Zweiter Theil.


Digitized by Google

Digitized by Google

Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprocessordnung).

Zweiter Theil.

Verfahren vor den Gerichtshöfen erster Instanz.

Erster Abschnitt: Verfahren bis zum Urtheile.

Erster Titel: Klage, Klagebeantwortung, vorbereitendes Verfahren und Streitverhandlung.

Klage.

§ 226. Die mittels vorbereitenden Schriftsatzes anzubringende Klage hat ein bestimmtes Begehren zu enthalten, die Thatsachen, auf welche sich der Anspruch des Klägers in Haupt- und Nebensachen gründet, im einzelnen kurz und vollständig anzugeben, und ebenso die Beweismittel im einzelnen genau zu bezeichnen, deren sich der Kläger zum Nachweise seiner thatsächlichen Behauptung bei der Verhandlung zu bedienen beabsichtigt.

Wenn die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes vom Werte des Streitgegenstandes abhängt und die Klage nicht auf eine Geldsumme gerichtet ist, sind in die Klage auch die erforderlichen Angaben über den Wert des Streitgegenstandes aufzunehmen. Wenn die Klage einen Gegenstand der Handels-, See- oder Berggerichtsbarkeit betrifft, jedoch bei einem Gerichtshofe angebracht wird, welchem nicht nur diese besondere, sondern auch die allgemeine Gerichtsbarkeit zusteht, so ist bei der Bezeichnung des Gerichtes ersichtlich zu machen, dass die Verhandlung der Rechtssache vor dem Handelssenate oder vor dem zur Ausübung der Berggerichtsbarkeit bestimmten Senate beantragt wird.

Im übrigen sind auf die Klageschrift die allgemeinen Vorschriften über vorbereitende Schriftsätze anzuwenden.

1. Die Klage ist mittels vorbereitenden Schriftsatzes anzubringen. Es gelten daher für sie die allgemeinen Vorschriften über solche Schriftsätze (§§ 74 bis 86). Aus diesen werden im § 226 der größeren Klarheit halber einige Punkte hervorgehoben und näher präcisiert (Regierungsmotive, S. 250).

Digitized by Google

2. Das bestimmte Begehren — die Klagsschlussbitte — gehört zu den wesentlichen Bestandtheilen der Klageschrift (Reichsgericht Leipzig, XII, 390). Nach § 405 ist das Gericht nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist, daher muss das Begehren erkennen lassen, was und wieviel der Kläger verlangt. Als ein bestimmter Antrag ist bei condemnatorischen Klagen nur ein solcher anzusehen, welcher erkennen lässt, was sowohl qualitativ als quantitativ vom Kläger beansprucht wird (Reichsgericht Leipzig, X, 355). Als Ausnahme bestimmt Art. XLII Einf. Ges., dass bei der Verbindung der Klage auf eidliche Angabe des Vermögens mit der Klage auf Herausgabe desjenigen, was der Beklagte aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse schuldet, die bestimmte Angabe der Leistungen, welche der Kläger beansprucht, bis zur eidlichen Angabe über das Vermögen vorbehalten werden kann.

Klagen auf Leistung von Schadenersatz unter Vorbehalt der Feststellung des Betrages des zu ersetzenden Schadens in einem besonderen Verfahren sind nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 228 vorliegen. Andernfalls muss der Anspruch in der Weise substanziiert werden, dass in demselben Processe sowohl über den Grund, als auch über den Betrag desselben verhandelt und entschieden werden kann (Reichsgericht Leipzig, XXI, 382). Bei Schadensansprüchen wird sich der Umfang und Geldwert des zu ersetzenden Schadens zur Zeit der Klageerhebung häufig mit Sicherheit noch gar nicht bestimmen lassen, während die Existenz eines Schadens an sich unzweifelhaft ist. Es würde daher, zumal in Hinblick auf die nach der Bestimmung des § 235 dem Kläger gestattete Erweiterung oder Beschränkung des Klageantrages eine ganz nutzlose Formalität sein, wenn man in solchen Fällen verlangen wollte, dass der Klageantrag bereits eine genaue Bezifferung der Summe enthalte, in welche der Beklagte zu verurtheilen sei. Die Zulassung einer Klage auf Verurtheilung des Beklagten zum Ersatze eines zwar noch nicht bezifferten, aber in demselben Rechtsstreite auch seinem Betrage nach festzusetzenden Schadens ist hiernach, soweit die thatsächlichen und rechtlichen Grundlagen zur Bezifferung des Anspruches durch die Klage gegeben sind, so dass dieser dadurch als genügend specialisiert erscheint, nicht zu beanstanden (Reichsgericht Leipzig, X, 357).

Auch ein eventuelles Begehren kann mit dem Hauptbegehren verbunden werden, sowohl für den Fall der Unmöglichkeit der Erfüllung des letzteren, als auch für den Fall der Abweisung desselben.

Digitized by Google

Alternative Begehren, welche dem Beklagten die Wahl lassen, sind gleichfalls statthaft (§ 56 J. N.), nach Wilmowski (S. 380) auch Begehren, in welchen der Kläger sich selbst noch das Wahlrecht vorbehält.

Fehlt das Begehren in der Klage, so erscheint dieselbe zu einer ordnungsmäßigen geschäftlichen Behandlung ungeeignet und es ist gemäß § 84 die Beseitigung dieses Formgebrechens einzuleiten. Dagegen hat sich das Gericht im Verfahren vor Gerichtshöfen mit der Prüfung der thatsächlichen Begründung des Klagsanspruches vor der Verhandlung nicht zu befassen. Im Verfahren vor Bezirksgerichten hat der Richter rechtsunkundigen Parteien, die nicht durch Advocaten vertreten sind, diesbezüglich die erforderlichen Anleitungen zu geben (§ 435).

3. Die thatsächlichen Anführungen und die für dieselben angebotenen Beweismittel müssen den Klagegrund, den rechtlichen Zusammenhang erkennen lassen, ohne dass eine Darlegung der das Begehren begründenden Rechtssätze nöthig ist, denn sonst würde die im § 235 erwähnte Aenderung des Klagegrundes nicht sichergestellt werden können.

Unter Klagegrund sind diejenigen Thatsachen zu verstehen, welche an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen. Hieraus folgt, dass auch bei dinglichen Klagen der Entstehungsgrund des streitigen Rechtes einen Theil des Klagegrundes bildet (Reichsgericht Leipzig, X, 434). Dazu reicht die bloße Angabe des Rechtes, welches verfolgt werden soll, nicht aus, sondern es sind diejenigen Thatsachen anzuführen, aus denen das angesprochene Recht hervorgehen soll. Selbstverständlich genügt es aber, wenn bei Eigenthumsklagen die mehreren Erwerbsarten des Eigenthums, auf welche die Vindication sich etwa stützt, aus dem thatsächlichen Klagevorbringen erhellen (Reichsgericht Leipzig, XI, 242).

Weitläufigkeiten bei den thatsächlichen Anführungen sind beim Kostenzuspruche zu berücksichtigen (§ 41, Anm. 2) und machen bei grobem Verschulden des gesetzlichen Vertreters, Advocaten oder sonstigen Bevollmächtigten diese ersatzpflichtig (§ 49). Unvollständige Angaben machen die säumige Partei betreffs der diesbezüglichen Kosten ersatzpflichtig (§ 44).

4. In formeller Beziehung muss die Klage außerdem den Nachweis der Vertretungsbefugnis, sowie der besonderen Ermächtigung zur Processführung (§ 4) enthalten und ist derselben die Vollmacht des Mandaten in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beizulegen (§ 30). Im Anwaltsprocesse (§ 27) überreichte Klageschriften, welche den Nachweis der Bestellung

Digitized by Google

eines Advocaten nicht enthalten, sind vom Vorsitzenden zurückzuweisen, wenn dieser Mangel nicht innerhalb einer unerstreckbaren Frist behoben wird (§ 37). Streitgenossen, welche keinen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten haben, müssen in der Klage einen am Orte des Processgerichtes wohnhaften gemeinschaftlichen Zustellungsbevollmächtigten dem Gerichte namhaft machen (§ 97).

5. Die Angabe des Wertes des Streitgegenstandes ist bei Klagen, bei denen die Zuständigkeit von diesem Werte abhängt, imperativ vorgeschrieben.

Die näheren Bestimmungen über die Bewertung des Streitgegenstandes enthalten die §§ 56—59 J. N. Die Parteien können sich unter den im § 104 J. N. angeführten Beschränkungen einem an sich unzuständigen Gerichte erster Instanz durch ausdrückliche Vereinbarung unterwerfen. Die Vereinbarung muss dem Gerichte schon in der Klage urkundlich nachgewiesen werden. Dies gilt auch von der nach § 88 J. N. zulässigen Vereinbarung auf den Gerichtsstand des Erfüllungsortes.

6. Jeder Schriftsatz muss die Bezeichnung des angerufenen Gerichtes tragen. Die Bezeichnung kann sich jedoch, wenn bei einem Gerichte nebst der allgemeinen auch eine besondere Gerichtsbarkeit ausgeübt wird, wenigstens in der Klage nicht auf die Angabe der Titulatur des Gerichtes beschränken. Für die über die Klage zu treffenden weiteren Einleitungen ist es nöthig zu wissen, welche Art von Competenz vom Kläger angerufen wird; die späteren im Laufe der Verhandlung vorkommenden vorbereitenden Schriftsätze werden dann schon durch die bloße Bezeichnung der Rechtssache an den richtigen Senat dirigiert. Deshalb wird für die Klage besonders ausgesprochen, dass im Falle der Anrufung einer besonderen Gerichtsbarkeit diese bei der Bezeichnung des Gerichtes in derselben Weise anzugeben ist, wie es geschehen müsste, wenn die Ausübung der Gerichtsbarkeit durch ein besonderes Gericht zu erfolgen hätte. Der Competenzgrund hat normal — wenigstens nach der Absicht des Klägers beurtheilt — keinen Gegenstand der einzuleitenden mündlichen Verhandlung zu bilden. Es konnte daher gezweifelt werden, ob nach den Grundsätzen über den Inhalt eines vorbereitenden Schriftsatzes der Kläger auch die Angaben zu machen habe, welche zur Begründung der von ihm angerufenen Competenz dienen. Um diesen Zweifel abzuschneiden, wird die Frage im § 226 ausdrücklich bejaht. Welche Bedeutung dieser Angabe zukomme, ist aus den Bestimmungen des gleichzeitig vorgelegten Entwurfes eines Gesetzes

Digitized by Google

über die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen zu entnehmen (Regierungsmotive, S. 251).

§ 227. Mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten können, auch wenn sie nicht in thatsächlichem oder rechtlichem Zusammenhange stehen, in derselben Klage geltend gemacht werden, wenn für sämmtliche Ansprüche das Processgericht zuständig und dieselbe Art des Verfahrens zulässig ist.

1. Die Cumulierung mehrerer Ansprüche in einer Klage wird durch den Entwurf in weiterem Umfange zugelassen, als sie nach geltendem Rechte gestattet ist. Indem § 227 die Zulässigkeit solcher Cumulierung vom Vorhandensein eines thatsächlichen oder rechtlichen Zusammenhanges unabhängig erklärt, schließt er sich in dieser Frage den Bestimmungen des Bagatellverfahrens an. Die Cumulierung der Klage ist nämlich für das weitere Verfahren ganz unpräjudiciell. Sobald das Gericht bemerkt, dass die gleichzeitige Verhandlung über alle in der Klage vereinigten Ansprüche schwierig oder erschwerend wäre, weil jeder der Ansprüche auf anderen Thatsachen beruht, jeder anderen Einwendungen ausgesetzt ist und alle diese Thatsachencomplexe und Einwendungen mit einander gar nichts gemeinsam haben, sobald sich also zeigt, dass die Zusammenfassung der Verhandlung weder in Bezug auf die Erörterung noch in Bezug auf den Beweis eine Vereinfachung oder Arbeitsersparung bewirkt, wird das Gericht vermöge seiner Processleitungsgewalt die abgesonderte Verhandlung über die einzelnen Ansprüche anordnen können. Ebenso wird der Beklagte das Gericht auf die Zweckwidrigkeit der gleichzeitigen Verhandlung über alle geltend gemachten Ansprüche aufmerksam machen dürfen. Trotz der erweiterten Zulässigkeit der Cumulierung wird dieselbe deshalb praktisch nur soweit zur Geltung kommen, als sie nach Lage des einzelnen Falles zweckmäßig erscheint. Daneben aber wird die Vorschrift des § 227 den Vortheil haben, eine Verminderung der Klagskosten zu bewirken, denn auch das Gericht wird bei der Kostenbestimmung darauf sehen müssen, ob nicht für den Kläger die Möglichkeit bestand, einer Vervielfältigung der Klage im Wege des § 227 auszuweichen (Regierungsmotive, S. 251).

2. Die objective Klagenhäufung, welche auch mit der Streitgenossenschaft (§ 11) verbunden sein kann, bewirkt die Verhandlung über alle in einer Klage geltend gemachten Ansprüche (§ 11, Anm. 7) in einem Processe. Die verschiedenen Ansprüche können aus demselben Klagegrunde oder aus verschiedenen Klagegründen abgeleitet werden.

Digitized by Google

3. Voraussetzung ist, dass für jeden einzelnen Anspruch das Processgericht örtlich und sachlich zuständig ist. Hängt die Zuständigkeit von dem Werte des Streitgegenstandes ab, so werden die mehreren Ansprüche gemäß § 55 J. N. zusammengerechnet und es muss die Competenz betreffs dieses Gesammtbetrages begründet sein.

Wenn auch einzelne der Ansprüche dem Werte nach vor das Bezirksgericht gehören würden, so ist die Klage beim Gerichtshofe einzubringen, wenn durch den Gesammtbetrag die Gerichtshofscompetenz begründet wird.

Wird dagegen vor dem Gerichtshofe, cumuliert mit anderen, ein Anspruch geltend gemacht, der ohne Rücksicht auf den Wert zur Competenz der Bezirksgerichte gehört, oder wird vor dem Bezirksgerichte ein zur Gerichtshofscompetenz ausschließlich gehöriger Anspruch erhoben, so fehlt diese Voraussetzung der objectiven Klagenhäufung.

Klagen, welche zur Handelsgerichtsbarkeit oder vor den Bergsenat gehören, werden mit Civilklagen nicht verbunden werden dürfen.

4. Voraussetzung ist weiter die Zulässigkeit derselben Art des Verfahrens. Als besondere Verfahrensarten erscheinen neben dem ordentlichen Verfahren das Besitzstörungsverfahren § 454 ff., das Mandatsverfahren § 548 ff., das Verfahren in Wechselstreitigkeiten § 555 ff., das Bestandverfahren § 560, das Verfahren wegen Ersatzansprüchen gegen richterliche Beamte (Ges. v. 12. Juli 1872, Nr. 112 R.-G.-Bl.), das Verfahren in Ehesachen (H. D. v. 23. August 1819, Nr. 1595 J. G. S.) und das schiedsrichterliche Verfahren § 577. Das Bagatellverfahren dürfte mit Rücksicht darauf, dass § 227 nur die obere Wertgrenze als Competenzgrund berücksichtigt, nicht als besondere Verfahrensart anzusehen sein. Unzulässig ist nach Art. 52 des internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. October 1890, Nr. 186 R.-G. Bl. v. J. 1892 die Verbindung des Rückgriffverfahrens mit dem Entschädigungsverfahren.

5. Erscheint die Klagenhäufung betreffs einzelner Ansprüche wegen Unzuständigkeit des Gerichtes oder wegen Unzulässigkeit derselben Verfahrensart unstatthaft, oder ergeben sich bereits bei Erledigung der Klage Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit der Klagenhäufung, so wird die Klage nicht ad separandum zurückzustellen oder wegen Incompetenz abzuweisen, sondern sie wird betreffs der unzuständigen oder in einem anderen Verfahren geltend zu machenden Ansprüche zu trennen (§ 188), und es wird die Klage nur wegen dieser ausgeschiedenen An-

Digitized by Google

sprüche wegen Unzuständigkeit abzuweisen oder in das besondere Verfahren zu leiten sein, während betreffs der übrigen Ansprüche eine Abweisung wegen Incompetenz nur dann zu erfolgen hätte, wenn die zusammengerechneten Beträge zur Begründung der Competenz des angerufenen Gerichtes (Gerichtshofes) nicht mehr ausreichen.

Die Entscheidung steht bei Gerichtshöfen dem Senate zu; gegen die Trennung ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen, gegen die Abweisung wegen Unzuständigkeit steht der Recurs zu (§ 11, Anm. 7).

6. Die Vorschriften des § 227 betreffen einen wesentlichen Bestandtheil des Verfahrens und unterliegen als solche nicht der freien Verfügung der Parteien; sie sind, auch wenn deren Verletzung im Laufe des Processes nicht gerügt wird, von amtswegen zur Anwendung zu bringen (Reichsgericht Leipzig, V. 167).

§ 228. Es kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder Rechtes, auf Anerkennung der Echtheit einer Urkunde oder Feststellung der Unechtheit derselben Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass jenes Rechtsverhältnis oder Recht oder die Urkundenechtheit durch eine gerichtliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.

1. Die sogenannten Provocationsklagen (ex lege diffamari und ex lege si contendat) sind durch die Bestimmung des § 228 überflüssig geworden (Oberstes Landesgericht für Bayern, Fuchsberger, S. 342). Wo durch die Berühmung mit einem Anspruche ökonomische und finanzielle Interessen geschädigt werden, ist mit der dadurch verursachten Beeinträchtigung der allgemeinen Vermögenslage auch zugleich das rechtliche Interesse an gerichtsseitigem Schutze gegen solche Beeinträchtigung durch Feststellung der Unbegründetheit des berühmten Anspruchs gegeben (O.-L.-G. Hamburg, Fuchsberger, S. 342). Neben dem eigentlichen Aufforderungsprocesse der §§ 66, 72 a. G. O. und dem Aufforderungsprocesse zur Bemängelung einer gelegten Rechnung nach § 100 a. G. O. verschwinden für die Zukunft gemäß Art. XXXVIII, Einf.-Ges. die im H. D. v. 6. März 1789, Nr. 984 J. G. S., im Patente vom 31. December 1800, Nr. 514 J. G. S., und im Patente vom 16. Jänner 1786, Nr. 516 J. G. S., zugelassenen Aufforderungsklagen, ohne dass in diesem Falle der Nachweis eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung nothwendig wäre.

Digitized by Google

Das Hofdecret vom 6. März 1789 räumte den Erben von Personen, welche mit dem Staatsschatze in Verrechnung gestanden sind, wenn sie durch die Verzögerung der Bewilligung zur Einantwortung zu lange aufgehalten zu werden erachten, das Recht ein, wider das Fiscalamt die ordentliche Aufforderungsklage zu überreichen und dasselbe zur Erweisung derjenigen Ansprüche, wegen welcher die Verlassenschaft zurückgehalten werden soll, verhalten zu machen.

Nach dem Patente vom 31. December 1800 stand es dem Pächter von ärarischen Gütern frei, gegen die ihm wegen Nichterfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten angedrohte Abnahme der Güter die Klage gegen das Fiscalamt zu erheben.

Glaubt jemand sich durch eine Buchhaltereierledigung beschwert, dem steht frei, in der gesetzmäßigen Frist dagegen den Weg des Rechtes entweder allein oder zugleich neben dem Wege der Gnade zu ergreifen. Diese Zeitfrist wird für jene Rechnungsleger, die zur Zeit der Zustellung in der Provinz, wo die Buchhaltereierledigung geschöpft worden, anwesend sind, vom Tage der Zustellung an gerechnet, auf sechs, für die Abwesenden auf zwölf Wochen bestimmt, nach deren Verlauf wider die erhaltene Buchhaltereierledigung kein Rechtszug stattfindet, sondern die Execution ohneweiters zu ertheilen ist (Patent v. 16. Jänner 1786, Nr. 516 J. G. S.).

Für diese Klagen ist außerdem eine Beweiserleichterung insofern geschaffen, als der Richter, und im Verfahren vor Gerichtshöfen der Vorsitzende des Senates auf Antrag des Klägers oder von amtswegen verfügen kann, dass der Beklagte in seinem Besitze befindliche, den Gegenstand des Rechtsstreites betreffende Urkunden und Acten vorlege, oder dass die den Gegenstand des Rechtsstreites betreffenden, bei einer öffentlichen Behörde oder bei einem Notare verwahrten Urkunden herbeigeschafft werden (Art. XXXVIII, Einf.-Ges.).

Zufolge der Bestimmung des § 48 a. Grdb.-Ges. kann der Eigenthümer einer Liegenschaft oder eines bücherlichen Rechtes, gegen welchen neuerlich eine schon früher wegen nicht erfolgter Rechtfertigung gelöschte Vormerkung erwirkt wurde, den Weg des Aufforderungsprocesses betreten, und im Falle eines günstigen Erkenntnisses durch Anmerkung desselben im Grundbuche einer wiederholten Bewilligung der Vormerkung vorbeugen.

Auch an Stelle dieser Aufforderungsklage wird nach der Civilprocessordnung die negative Feststellungsklage zu treten haben, mittels welcher der Eigenthümer den Nichtbestand des

Digitized by Google

Rechtes oder des Anspruches zum Pfandrechte, beziehungsweise zur bücherlichen Eintragung (Bestand-, Vorkaufs-, Wiederkaufsrechte) geltend zu machen hat (Regierungsmotive zum Einf.-Ges. Art. XXXIX, S. 16).

Endlich soll die Feststellungsklage nach den Motiven des Herrenhauses, S. 20, auch für die Klage auf Beurkundung nach § 176 a. G. O. Ersatz bieten, wodurch wohl die Klage auf Ausstellung einer Urkunde, zu welcher der Beklagte rechtlich verpflichtet ist, nicht ausgeschlossen erscheint.

2. Der Unterschied zwischen den Feststellungsklagen und den anderen Klagen besteht hauptsächlich darin, dass das Begehren der Feststellungsklage nicht auf eine Leistung gerichtet ist; sie kann daher nicht benützt werden, um ein Urtheil auf Erfüllung einer erst in Zukunft eintretenden Leistungspflicht oder überhaupt einen Executionstitel zu erwirken (Regierungsmotive, S. 251). Dadurch unterscheidet sie sich sowohl von den Leistungsklagen, den Klagen auf ein Geben, Thun, Gewähren, Dulden, Unterlassen, als auch von den constitutiven Klagen, welche eine Theilung, Grenzregulierung, die Trennung, Scheidung oder Ungiltigkeit einer Ehe u. dgl. zum Gegenstande haben. Die positive Feststellungsklage ist auf die richterliche Bejahung eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien, die negative Feststellungsklage auf die richterliche Verneinung eines Rechtsverhältnisses, welches der Beklagte gegenüber dem Kläger beansprucht, gerichtet.

3. Zur bestimmten Angabe des Gegenstandes des erhobenen Anspruches und zur Bestimmtheit des Antrages gehört bei der Feststellungsklage nur die bestimmte Bezeichnung und Angabe des Rechtsverhältnisses (oder Rechtes), dessen Existenz oder Nichtexistenz durch das Gericht festgestellt werden soll, und ein Antrag, aus dem hervorgeht, dass der Kläger die Feststellung dieses Rechtsverhältnisses verlangt (Reichsgericht Leipzig, XII, 391).

Von dem Begriffe des Rechtsverhältnisses (Beziehung von Person zu Person, bestimmt durch eine Rechtsregel, Savigny System, I, 333) ist kein gesellschaftliches oder Lebensverhältnis, soweit es sich um die Rechtsforderung für dasselbe handelt, ausgeschlossen (Wilmowski, S. 383). Personen- und Sachenrechte, Ehe-, Familien- und Erbrechte, Patent- und Markenrechte u. s. w. können daher Gegenstand der Feststellungsklage sein, sofern nur das betreffende Rechtsverhältnis oder Recht der gerichtlichen Competenz nicht entzogen ist und des staatlichen Rechtsschutzes genießt. Aus dem Parteienverhält-

Digitized by Google

nisse im Processe folgt ferner, dass die rechtlichen Beziehungen der Parteien unter einander von dem Rechtsstreite betroffen sein müssen (Reichsgericht Leipzig, X, 370).

Eine Klage auf Feststellung von Rechtsverhältnissen, welche der Vergangenheit angehören, ist zulässig, wenn das frühere Bestehen von Rechtsverhältnissen die Grundlage für einen vom Kläger jetzt verfolgten Anspruch bildet (Reichsgericht Leipzig, XXVII, 205). Wenn aber ein Rechtsverhältnis dergestalt beseitigt ist, dass keinerlei rechtliche Ansprüche aus demselben abgeleitet werden können, dann fehlt es an dem im § 228 aufgestellten Erfordernisse eines rechtlichen Interesses für die positive Feststellungsklage (Reichsgericht Leipzig, XI, 260).

Nach § 228 kann aber auch wegen künftigen Schadens, also schon vor der rechtlichen Möglichkeit einer Leistungsklage auf Ersatz desselben, unter der Voraussetzung eines rechtlichen Interesses auf alsbaldige Feststellung der Ersatzpflicht geklagt werden (Reichsgericht zu Leipzig, XXIII, 347) und eine Feststellung der Verpflichtung zum Ersatze des durch eine Körperverletzung entstehenden Schadens wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass der Verletzte zur Zeit der Anstellung der Klage weder erwerbsfähig noch erwerbsthätig ist (Reichsgericht Leipzig, XIII, 374).

Bei Feststellungsklagen nicht nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses oder Rechtes, sondern auch schon einer rechtserheblichen Thatsache als Grund zuzulassen, geht zu weit, weil dadurch jedes thatsächliche Element eines Rechtsverhältnisses an und für sich schon der Gegenstand eines Processes werden könnte (Motive des Ausschusses, S. 34). Feststellung einzelner Thatsachen, so der Beischlafsvollziehung innerhalb einer bestimmten Zeit (Reichsgericht Leipzig, A II, 580), oder allgemeiner Rechtsfragen (Reichsgericht Leipzig, VI, 387) ist daher im Wege der Feststellungsklage unzulässig. Wer das Bestehen oder Nichtbestehen einer Thatsache darthun will, der kann sich künftige Beweisführung sichern, indem er den Weg des § 384 ff. einschlägt (Trutter in Grünhuts Zeitschrift XXII, S. 195).

4. Eine zweite Art der Feststellungsklagen sind die Klagen auf Anerkennung der Echtheit einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit derselben. Unter Urkunden sind hier nur solche im Sinne der §§ 292 ff. C. P. O. zu verstehen, solche aber ohne Rücksicht darauf, ob sie bloß Beweismittel oder zugleich Träger eines Rechtsverhältnisses sind, ob sie sich im Besitze der Pro-

Digitized by Google

cessparteien oder einer dritten Person befinden. Die Vorlage der Urkunde ist jedoch unbedingte Voraussetzung (Seuffert, Anm. 5).

Da die Klage nur die Feststellung der Echtheit (positiv) oder Unechtheit (negativ) der Urkunde zum Gegenstande hat, so erscheint sie lediglich als Beweissicherungsmittel. Soll die Bedeutung und Verbindlichkeit der Urkunde, also das daraus resultierende Rechtsverhältnis oder Recht festgestellt werden, so liegt eine Feststellungsklage nach Anm. 1 vor.

5. Zur Verhütung des Missbrauches dieser Einrichtung wäre hervorzuheben, dass die Zulässigkeit einer Feststellungsklage davon abhängt, dass ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung begründet sei (Regierungsmotive, S. 251).

Das Vorhandensein des im § 228 geforderten rechtlichen Interesses ist Processvoraussetzung für die Feststellungsklage. Diese Processvoraussetzung ist nur insoweit der Parteidisposition anheimgegeben, als die zur Begründung des rechtlichen Interesses vom Kläger behaupteten Thatsachen durch ausdrückliches Zugeständnis des Gegners liquid gestellt werden. Ob dieselben ein rechtliches Interesse darzustellen geeignet sind, ist von amtswegen zu untersuchen. Das Gesetz gestattet die Feststellungsklage nicht schon dann, wenn der Beklagte einwilligt, sondern erst, wenn nach Ansicht des Gerichtes jenes Interesse des Klägers vorhanden ist (O. L. G. Hamburg, Fuchsberger, S. 351).

Die Worte „rechtliches Interesse“ kommen in mehreren Bestimmungen der Civilprocessordnung vor, z. B. §§ 17 (Anm. 1), 219, um die Voraussetzung eines processualischen Rechtes zu normieren. Der Begriff, den sie enthalten, ist aber vom Gesetze nirgends definiert. Derselbe lässt sich wohl auch nicht in einer allgemein giltigen Regel zusammenfassen. Ob ein rechtliches Interesse vorliegt, ist eine Thatfrage, welche sich nur im einzelnen Falle unter Berücksichtigung aller Umstände zuverlässig beantworten lässt. Die concrete Sachlage muss den Richter erkennen lassen, dass nicht bloß in der subjectiven Meinung des Klägers, sondern objectiv ein die Rechtssphäre des Klägers betreffender Grund von solchem Belang, dass die Gewährung eines besonderen Rechtsmittels dazu in vernünftigem Verhältnis steht, die alsbaldige Feststellung erheischt (O. L. G. Karlsruhe, Fuchsberger, S. 353). Wenn nun auch das rechtliche Interesse einerseits nicht durch eine vorhergegangene Rechtsverletzung bedingt ist, und wenn auch andererseits dasselbe für die positive und negative Feststellungsklage sich ver-

Digitized by Google

schieden gestalten kann, so muss man doch davon ausgehen, dass die Negation des Bestehens eines Rechtsverhältnisses durch richterlichen Ausspruch nur die concrete rechtliche Beziehung der Processparteien zu einander betrifft, und dass der ergehende Richterspruch nur unter den letzteren Recht schafft, sowie endlich, dass ein rechtliches Interesse doch nur ein solches sein kann, welches für die Parteien, und zwar bezüglich eines bestimmten Rechtverhältnisses von Bedeutung ist. Es ist daher auch nicht gestattet, das rechtliche Interesse lediglich nach dem möglichen Einflusse zu bestimmen, welchen das prätendierte Recht auf die allgemeine Vermögenslage und auf den wirtschaftlichen Verkehr der klagenden Partei auszuüben imstande sein kann, und hiedurch an die Stelle des rechtlichen Interesses ein ökonomisches und finanzielles Interesse zu setzen (Reichsgericht Leipzig, X, 368). Es ist aber hiermit nicht ausgesprochen, dass nur rechtliche Folgen, welche dem Privatrechte angehören, bei der Frage des Vorhandenseins eines rechtlichen Interesses in Betracht zu ziehen seien. Es können daher auch strafrechtliche Folgen, deren Voraussetzung das festzustellende Rechtsverhältnis ist, in Betracht gezogen werden, wenn nur dieses Rechtsverhältnis an sich ein solches ist, welches Gegenstand eines bürgerlichen Rechtsstreites sein kann (Reichsgericht Leipzig, XVI, 390). Auch heutzutage gilt noch der Grundsatz, dass wegen einer noch nicht fälligen Forderung nicht derart geklagt werden kann, dass das Petitum auf Verurtheilung zur Leistung am Fälligkeitstermine gestellt wird (O. L. G. Braunschweig, Fuchsberger, S. 352).

Wenn also auf Feststellung eines noch nicht fälligen bestrittenen Anspruches geklagt wird, so muss das richterliche Ermessen darüber entscheiden, ob ein genügendes Interesse an der sofortigen Feststellung beim Kläger obwaltet, um die vorzeitige Behelligung des Beklagten mit einem Rechtsstreite zu rechtfertigen (Reichsgericht Leipzig, XII, 148).

Unter Interesse an alsbaldiger Feststellung ist nicht bloß das an der Feststellung vor dem auf Leistung anzustellenden Processe, sondern gerade das Interesse an der Feststellung zur Zeit der Klage im Gegensatze zu einem etwaigen Interesse an zukünftiger Feststellung zu verstehen (Wilmowski, S. 390). Ist der Gläubiger in der Lage, die Klage auf eine bestimmte Leistung anzustellen, so wird, in den bei weitem meisten Fällen wenigstens, ein solches Interesse fehlen. Jedoch kann auch unter jener Voraussetzung das Sachverhältnis im einzelnen Falle so geartet sein, dass die processualische Lage des Gläubigers wesentlich erschwert wäre, wenn er die Leistungsklage an-

Digitized by Google

stellen und durchführen müsste, während er mit der Feststellungsklage ebenso zur Befriedigung seines praktischen Interesses gelangen würde. Die Annahme nun, dass auch in einem solchen Falle durch den Umstand, dass die Anstellung der ersteren statthaft sei, diese letztere als ausgeschlossen erachtet werden müsste, findet im Gesetze keine genügende Unterstützung. Ob aber ein ausreichendes Interesse in jenem Sinne vorliegt, ist Sache wesentlich thatsächlicher Beurtheilung (Reichsgericht Leipzig, A. IV, 75). Mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 236, wonach im Leistungsprocesse ein Zwischenantrag auf Feststellung zulässig ist, wird die Berechtigung zu einer solchen Feststellungsklage besonders genau zu prüfen sein. Uebrigens sorgt der § 45 über den Ersatz der Kosten an den submittierenden Beklagten, der zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben, für die Einschränkung unnöthiger Feststellungsklagen.

6. Das Vorhandensein eines solchen Interesses kann nur indirect dargethan werden, und es wird genügen, wenn der Causalzusammenhang, aus welchem das Vorhandensein des Interesses sich ergeben soll, mit der Kraft der Wahrscheinlichkeit dargethan wird (Regierungsmotive, S. 251). Im übrigen ist für die Beweislast die Sachlage, nicht die Parteirolle entscheidend. Die Lehre von der Behauptungs- und Beweislast wird beherrscht von dem Grundsatze, dass derjenige, welcher einen Anspruch geltend macht, die den Anspruch begründenden Thatsachen, und derjenige, welcher die Aufhebung eines Anspruches seines Gegners geltend macht, die den Anspruch aufhebenden Thatsachen zu behaupten und zu beweisen hat. Hieraus folgt, dass, wenn die Klage gerichtet ist auf die Feststellung des Nichtbestehens eines vom Beklagten in Anspruch genommenen Rechtsverhältnisses, der Beklagte, sofern er überhaupt bei der Geltendmachung dieses Rechtsverhältnisses beharren will, den Beweis der Begründung desselben zu führen hat. Wenn aber der Klagsvortrag ergibt, dass der Kläger die Entstehung des Rechtsverhältnisses nicht in Abrede stellt, vielmehr die Bestreitung desselben nur durch Behauptung von Umständen, durch welche dasselbe wieder aufgehoben sei, begründen will, so erübrigt nur noch die Verhandlung und Entscheidung über die von dem Kläger zu behauptende und zu beweisende Wiederaufhebung des Rechtsverhältnisses (Reichsgericht Leipzig, IX, 339).

7. Das über die Feststellungsklage ergehende Urtheil genießt Rechtskraft (Regierungsmotive, S. 251). Das Gesetz will, dass jede Entscheidung über eine Klage, welche die Fest-

Digitized by Google

stellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, die Anerkennung einer Urkunde oder die Feststellung der Unechtheit einer Urkunde bezweckt, das streitige Rechtsverhältnis, die streitige Echtheit oder Unechtheit der Urkunde unabänderlich feststelle. Es kann daher für die Wirkung des rechtskräftigen negativen Urtheiles bei der negativen Feststellungsklage so wenig wie bei der positiven einen Unterschied machen, ob der Klage entsprochen oder ob die Klage abgewiesen ist. In beiden Fällen ist nach Wort und Sinn des § 228 das Rechtsverhältnis unabänderlich festgestellt, ein neuer Rechtsstreit über das Bestehen oder Nichtbestehen dieses Rechtsverhältnisses mithin ausgeschlossen. Die negative Feststellungsklage würde ihren im § 228 ausdrücklich ausgesprochenen Zweck nicht erfüllen, wenn es dem abgewiesenen Kläger unbenommen bliebe, das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses in einem neuen Rechtsstreite abermals geltend zu machen. Das Urtheil, welches die negative Feststellungsklage nicht wegen Mangels des Interesses, sondern als sachlich unbegründet abweist, enthält in sich die Feststellung des Bestehens des Rechtsverhältnisses (Reichsgericht Leipzig, XXIX, 345).

8. Falls der Wert des Streitgegenstandes für die Bestimmung der Zuständigkeit von Belang ist, hat ihn der Kläger in der Klage anzugeben (§ 56 J. N.). Der allgemein gefasste Antrag auf negative Feststellung, dass der Beklagte keinerlei Anspruch an den Kläger habe, erhält seine nähere Bestimmung erst durch die Angabe, welche von dem Beklagten erhobenen Ansprüche den Kläger zu diesem Antrage veranlasst haben (Reichsgericht Leipzig, XII, 36).

Der Wert des Streitgegenstandes bei Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde wird sich nach dem Interesse des Klägers an dieser Feststellung und nicht nach dem Werte des der Urkunde zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses richten.

Für die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Feststellungsklage ist nur allein das materielle Rechtsverhältnis maßgebend, und folgt also die Feststellungsklage, wie im § 88 J. N. für die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrages ausdrücklich anerkannt ist, dem Gerichtsstande, dem die Klage aus dem concreten Rechtsverhältnisse selbst angehören würde.

Die Feststellungsklage ist im übrigen, was die Zuständigkeit betrifft, nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen und es gilt daher für sie auch der § 81 J. N.,

Digitized by Google

wonach für Klagen, durch welche ein dingliches Recht auf ein unbewegliches Gut, die Freiheit von einem solchen Rechte oder die Aufhebung desselben geltend gemacht wird, für Theilungs-, Grenzberichtigungs- und Besitzstörungsklagen, sofern es sich um eine unbewegliche Sache handelt, das Gericht ausschließlich zuständig ist, in dessen Bezirke die Sache gelegen ist (Reichsgericht Leipzig, XIII, 387).

§ 229. Schon in der Klage kann der Antrag gestellt werden:

1. dass dem Beklagten bei der Ladung zur ersten Tagsatzung oder bei der Ladung zur mündlichen Streitverhandlung aufgetragen werde, gewisse genau zu bezeichnende, dem Kläger zu einer Beweisführung nöthig scheinende und im Besitze des Beklagten befindliche Urkunden, Auskunftssachen oder in Augenschein zu nehmende Gegenstände zur Verhandlung mitzubringen;

2. dass das Erforderliche verfügt werde, damit die für eine Beweisführung voraussichtlich nöthigen, bei einer öffentlichen Behörde oder bei einem Notar verwahrten Urkunden, Auskunftssachen oder Augenscheinsgegenstände, die gleichfalls genau zu bezeichnen sind, zur ersten Tagsatzung oder zur mündlichen Streitverhandlung rechtzeitig herbeigeschafft werden;

3. dass die zur Bewahrheitung thatsächlicher Behauptungen in der Klage namhaft gemachten Zeugen zur ersten Tagsatzung oder zur mündlichen Streitverhandlung geladen werden.

Dem unter Z. 2 erwähnten Antrage ist nur dann stattzugeben, wenn sich die Partei die betreffenden Urkunden, Auskunftssachen oder Augenscheinsgegenstände nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften ohne Mitwirkung des Gerichtes nicht zu verschaffen vermag, oder wenn ihr deren Ausfolgung von der Behörde oder dem Notar in ungerechtfertigter Weise verweigert wurde.

In Bezug auf Beweismittel, welche sich auf andere als die der ersten Tagsatzung vorbehaltenen Fragen beziehen, kann bei Anberaumung der ersten Tagsatzung eine Verfügung nicht getroffen werden.

1. Der Entwurf ist bestrebt, die Beschleunigung des Verfahrens und die Hintanhaltung von allzuhäufigen Tagsatzungserstreckungen, wo immer es thunlich ist, durch concret hiezu taugliche Vorkehrungen zu sichern und namentlich auch dem Kläger Mittel darzubieten, allen voraussehbaren, seiner Rechtsverfolgung hinderlichen Processverzögerungen vorzubeugen. Aus diesem Gesichtspunkte räumt der Entwurf dem Kläger namentlich auch die Befugnis ein, gewisse, der Beschaffung des

Digitized by Google

Verhandlungs- und Beweismateriales dienliche processleitende Maßregeln des Vorsitzenden schon vor der Verhandlung gleich in der Klage in Antrag zu bringen (§ 229). Auf diese Weise kann die Zeit bis zur ersten Tagsatzung oder bis zur eigentlichen Streitverhandlung, welche sonst dem Processe selbst verloren geht, auf das beste ausgenützt werden.

Denn mit Hilfe der im § 229 vorgeschlagenen Einrichtung wird dieser Zeitraum nach beiden Seiten gleich nutzbar gemacht: auf der einen Seite dient er dem Beklagten, auf der anderen dem Kläger selbst zur Vorbereitung der Verhandlung. Wenn alle diese Anträge erst bei der Verhandlungstagfahrt gestellt würden, müsste eine neue Unterbrechung des kaum begonnenen Verfahrens stattfinden; so aber wird nun das Verfahren, nachdem nur die Einleitungs- und Vorbereitungsfrist vorüber ist — jedenfalls mit mehr Wahrscheinlichkeit als sonst — im Laufe bleiben, denn die erste Verhandlung findet ein wenigstens nach der einen Seite ziemlich vollständiges Processmaterial vor. Neben den Maßregeln, welche zur Abwehr der chicanösen Verschleppungsversuche des Gegners bestimmt sind, dürfen auch Veranstaltungen nicht fehlen, welche die fleißige Partei selbst positiv in der Erreichung ihrer auf rasche Processaustragung gerichteten Absichten unterstützen (Regierungsmotive, S. 252).

Außer in der Klage können solche Anträge auch in der Klagebeantwortung (§ 243), in den weiteren Schriftsätzen (§ 258) und bei der mündlichen Verhandlung (§§ 179, 301) gestellt werden.

Im Verfahren vor Bezirksgerichten ist der Beklagte bei der Ladung zur mündlichen Verhandlung über die Klage gemäß § 438 aufzufordern, wegen der Vorlage der im Besitze des Gegners oder in Verwahrung einer öffentlichen Behörde oder eines Notars befindlichen Beweisurkunden und Augenscheinsgegenstände, sowie wegen etwaiger gerichtlicher Vorladung von Zeugen noch vor der für die mündliche Verhandlung anberaumten Tagsatzung seine Anträge zu stellen.

2. Die Vorschrift des § 229 soll dem Gerichte die Möglichkeit geben, die im § 183 dem Vorsitzenden eingeräumten Befugnisse auszuüben. Die Unterlassung der Beobachtung derselben hindert die Partei nicht, die betreffenden Anträge bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung zu stellen (§ 179) und sie wird wohl wegen einer solchen Versäumnis nicht der Gefahr einer Ausschließung der betreffenden Beweismittel ausgesetzt sein (§ 179, Anm. 3), weil es sich nicht um die V o r b r i n g u n g von Thatsachen und Beweisen, sondern um die Beschleunigung der H e r b e i s c h a f f u n g von Beweismitteln handelt.

Digitized by Google

Aus demselben Grunde wird auch ein Kostenersatz im Sinne des § 44 unzulässig sein (anderer Ansicht Schauer, S. 375). Wohl aber kann, besonders im Verfahren vor Bezirksgerichten, ein Kostenzuspruch gemäß § 48 erfolgen.

Sofern es sich nicht um Beweismittel handelt, welche sich auf die der ersten Tagsatzung vorbehaltenen Fragen beziehen, hat der Vorsitzende gemäß § 257 erst bei Anberaumung der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung über die gemäß § 229 gestellten Anträge die nöthigen Anordnungen zu erlassen, gegen welche ein Rechtsmittel nicht zulässig ist.

Anträge, denen nicht willfahrt wurde, sind abzuweisen, können jedoch bei der mündlichen Verhandlung erneuert werden.

3. Was den Inhalt der zu erlassenden Aufträge anbelangt, so kommen in § 229 lediglich die Grundsätze zur Anwendung, welche der Entwurf in Bezug auf die materielle Processleitung, sowie in Bezug auf den Beweis und das Beweisverfahren enthält. Insbesondere kann die Vorlage von Urkunden, Auskunftssachen u. s. w. auf Grund eines nach § 229 gestellten Antrages nur in jenem Umfange verfügt werden, in welchem sonst der Gegner oder dritte Personen die Sachverhaltsermittlung und Feststellung durch solche Vorlage u. s. w. zu unterstützen haben (Regierungsmotive S. 253). Obwohl das Gesetz nur von Urkunden spricht, wird dessen Bestimmung dennoch nicht nur auf bestimmt bezeichnete Urkunden, sondern auch auf ganze Acten ohne bestimmte Bezeichnung einzelner Urkunden anzuwenden sein, und es wird weiters die Vorschrift des zweiten Absatzes nicht so enge auszulegen sein, dass keine ämtliche Urkunde und kein Act beigeschafft werden dürfe, wenn sich die Partei dieselben in der Form eines Amtszeugnisses oder Duplicates zu verschaffen vermag. Die Beschränkung wird vielmehr hauptsächlich nur von solchen Urkunden (Grundbuchsauszügen, Registerauszügen, Taufscheinen, Notariatsactsausfertigungen u. s. w.) zu verstehen sein, betreffs welcher auch vom Gerichte erst die Ausfertigung veranlasst werden müsste, welche die Partei selbst verlangen kann.

§ 230. Auf Grund der Klage hat der Vorsitzende des Senates, welchem die Rechtssache zugewiesen ist, eine Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen.

Wenn er jedoch der Ansicht ist, dass die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichtes oder wegen des Mangels der Processfähigkeit oder der erforderlichen gesetzlichen Vertretung auf Seiten des Klägers oder Beklagten unzulässig ist, so hat er die Entscheidung des Senates darüber einzuholen, ob die Tag-

Digitized by Google

satzung anzuberaumen oder eine Verfügung im Sinne des § 6 zu erlassen oder die Klage als zur Bestimmung der Tagsatzung ungeeignet zurückzustellen sei.

1. Es wäre mit den wiederholt betonten, bei der Processreform leitenden Tendenzen nicht zu vereinen, wenn das Gericht auch dann durch Tagsatzungsanberaumung das Verfahren über die Klage einleiten wollte, wenn es schon zur Zeit der Tagsatzungsanordnung offenbar ist, dass unter den obwaltenden Verhältnissen ein giltiges Processverfahren ausgeschlossen sei, die Zurückweisung der Klage von amtswegen sofort ausgesprochen werden müsste, sobald sich das Gericht mit der Klage inhaltlich befasst. Das Interesse der Parteien, sowie das an der Vermeidung nutzloser Proceduren betheiligte öffentliche Interesse gebieten es in gleichem Maße, hier die unvermeidliche Consequenz so bald als möglich zu ziehen. Die mündliche Verhandlung abzuwarten hätte hier gar keinen Zweck, denn wie sich der Gegner dazu verhält, ist gleichgiltig, sobald es sich um einen von amtswegen wahrzunehmenden Mangel handelt. Dieser kann in den Parteien liegen: mangelnde Processfähigkeit, mangelnde gesetzliche Vertretung, oder in der Richtung der Gerichtszuständigkeit (Regierungsmotive, S. 252). Dem Richter soll die Möglichkeit gegeben werden, alle ihm sofort erkennbaren Fälle der Unzuständigkeit zu berücksichtigen.

Es soll somit dadurch beispielsweise hintangehalten werden, dass der Richter eine Klage gegen eine in einem anderen Gerichtssprengel wohnhafte Person, falls er von diesem Umstande Kenntnis hat, annimmt, und es soll durch diese amtswegige Berücksichtigung der Incompetenz der Partei erspart werden, sich einzulassen und an einem entfernten Orte einen Advocaten zu bestellen oder sich eventuell selbst hinzubegeben, lediglich zu dem Zwecke, um die Einrede der Unzuständigkeit zu erheben (Motive des Ausschusses, S. 34).

2. Zunächst wird der Richter die Zuständigkeit zu prüfen haben, und zwar sowohl bezüglich der Zulässigkeit des Rechtsweges (§ 42 J. N.), als auch bezüglich der absoluten oder durch Unterlassung der Einwendung der Unzuständigkeit heilbaren Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes. Die Prüfung erfolgt gemäß § 41 auf Grund der Angaben des Klägers, sofern diese nicht dem Gerichte bereits als unrichtig bekannt sind. Wird ein vereinbarter Gerichtsstand angerufen, so ist nach §§ 104, 88 J. N. die Vereinbarung schon in der Klage urkundlich nachzuweisen. Steigen dem Vorsitzenden Bedenken auf, so hat er den Beschluss des Senates einzuholen, der im Falle der Unzu-

Digitized by Google

lässigkeit des Rechtsweges seine Unzuständigkeit auszusprechen, im Falle der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes auf Zurückweisung der Klage mit Beschluss zu erkennen hat, gegen welchen der Recurs zulässig ist.

Theilt der Senat die Ansicht des Vorsitzenden nicht und beschließt derselbe die Anordnung der Tagsatzung, so ist dieser Beschluss den Parteien gemäß § 427 in schriftlicher Ausfertigung bekannt zu geben, es ist jedoch gegen denselben nach § 130 ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen.

3. Bestehen bezüglich der Zuständigkeit keine Bedenken, so hat der Vorsitzende des Senates die Klage in formeller Richtung zu prüfen, ob dieselbe in der vorgeschriebenen Anzahl von Ausfertigungen und Rubriken (§ 80) vorliegt, ob die erforderlichen Urkundenabschriften (§ 77) beiliegen, ob die Bevollmächtigung des etwa einschreitenden Bevollmächtigten durch Vorlage des Originales oder einer beglaubigten Abschrift der Vollmacht nachgewiesen (§ 30) ist, ob die Klage ein bestimmtes Begehren und die zur Bestimmung der Zuständigkeit erforderlichen Angaben enthält (§ 226) und ob nicht solche Formmängel (§ 75) vorliegen, welche die ordnungsmäßige geschäftliche Behandlung der Klage zu hindern geeignet sind (§ 84).

Die Beseitigung wahrgenommener Formgebrechen hat der Vorsitzende im Sinne des § 85 zu verfügen und er hat im Anwaltsprocesse nach § 37 eine unerstreckbare Frist zum Nachweise der Bestellung eines Advocaten als Processbevollmächtigten zu bestimmen, wenn die Klage diesen Nachweis nicht enthält.

Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist hat der Vorsitzende die Klage zurückzuweisen.

4. Ergeben sich keine Formgebrechen, so ist die Klage noch weiter bezüglich des Mangels der Processfähigkeit, der etwa erforderlichen gesetzlichen Vertretung und wohl auch der besonderen Ermächtigung zur Processführung (§ 6) zu prüfen und es hat der Vorsitzende, wenn er diesbezüglich Bedenken hat, gleichfalls den Beschluss des Senates einzuholen, welcher bei unbehebbaren Mängeln die Klage als zur Bestimmung der Tagsatzung ungeeignet zurückzustellen (§ 7), bei behebbaren Mängeln aber die zur Behebung geeigneten Verfügungen (§ 6) zu treffen und zu ihrer Erfüllung eine angemessene erstreckbare Frist zu bestimmen hat, nach deren fruchtlosem Ablaufe die Klage gleichfalls als zur Bestimmung der Tagsatzung ungeeignet zurückzustellen ist.

Digitized by Google

Die Verfügungen zur Behebung des Mangels können durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden gegen die Zurückstellung der Klage steht der Recurs zu.

Theilt der Senat die Ansicht des Vorsitzenden nicht und beschließt derselbe die Anordnung der Tagsatzung, so ist dieser Beschluss den Parteien gleichfalls gemäß § 427 in schriftlicher Ausfertigung bekannt zu geben.

5. In das Innere der Klage, in die Prüfung des logisch und juridisch richtigen Aufbaues derselben, hat sich der Gerichtshof nie, das Bezirksgericht gemäß § 435 nur dann einzulassen, wenn der Kläger nicht durch einen Advocaten vertreten ist oder die Klage mündlich zu Protokoll gegeben wird.

In diesen Fällen hat der Richter noch vor Erledigung der Klage dem Kläger zu den entsprechenden Vervollständigungen oder Richtigstellungen die nöthige Anleitung zu geben und bei der Aufnahme der Klage zu Protokoll dem Kläger auch eine angemessene Belehrung zu ertheilen, wenn die Klage offenbar unbegründet erscheint.

6. Werden an der Klage keine der oben aufgezählten Mängel wahrgenommen oder sind dieselben beseitigt, so erfolgt seitens des Vorsitzenden mittels unanfechtbaren (§ 130) Beschlusses die Anordnung der ersten Tagsatzung (§ 239). Im bezirksgerichtlichen Verfahren ist in der Regel schon die erste Tagsatzung zur Vornahme der Streitverhandlung zu bestimmen. Es kann jedoch auch die abgesonderte Abhaltung der ersten Tagsatzung angeordnet werden (§ 440), was sich überall da empfehlen wird, wo bei vielbeschäftigten Bezirksgerichten häufige Klagen größerer Firmen im Regelfalle zu einem Vergleiche oder zu einem Contumazurtheile führen. Die Streitanhängigkeit (§ 232) und Rechtskraft (§ 411) sind bei Erledigung der Klage nicht zu berücksichtigen.

7. Bei aufrechter Erledigung der Klage wird der Vorsitzende des Senates (Einzelrichter) auch für die vorgeschriebenen Verständigungen zu sorgen haben. Die Vorschriften, nach welchen das Obersthofmarschallamt, die dem Beklagten vorgesetzten Militärbehörden oder die geklagten Bezirken und Gemeinden übergeordneten Organe von der Anbringung der Klage zu verständigen sind, bleiben gemäß Art. VI Einf.-Ges. unberührt.

a) Von der Einbringung einer Schuldklage, welche auf Grund einer mit dem Ehrenworte verbürgten Zahlungszusicherung gegen einen Officier gerichtet ist, hat das Gericht die vorgesetzte Militärbehörde in Kenntnis zu setzen (§ 12 Ges. v. 20. Mai 1869, Nr. 78 R.-G.-Bl.). Diese Bestimmung hat auch für die Landwehr (die im Land-

Digitized by Google

wehrverbande stehenden Personen, welche dem Activstande der Landwehr angehören oder als im nichtactiven Verhältnisse stehend, zur Dienstleistung in Gemäßheit der Bestimmungen des Landwehrgesetzes einberufen werden) zu gelten (§ 14 Ges. v. 2. April 1885, Nr. 93 R.-G.-Bl.).

b) Wenn einer von Sr. Majestät Hofdienern ohne Unterschied des Ranges, wegen Schulden geklagt wird, hat die betreffende Behörde das Obersthofmarschallamt hievon allsogleich zu verständigen (H. D. v. 31. August 1803, Nr. 625 J. G. S.).

c) Von der Einbringung von Klagen gegen Gemeinden sind die betreffenden, mit der Ueberwachung der Vermögensverwaltung der Gemeinden betrauten autonomen Organe und von der Einbringung von Klagen gegen Bezirke die autonomen Landesorgane zu verständigen (J. M. E. v. 6. Oct. 1885, Z. 16074, Nr. 66 V. Bl.).

d) Von Schuldklagen gegen im Justizdienste stehende Staatsdiener ist das vorgesetzte Oblandesgerichtspräsidium (die Oberstaatsanwaltschaft), beziehungsweise die Centralstelle zu verständigen (M. V. v. 23. November 1896, Nr. 23995).

§ 231. Die erste Tagsatzung ist mit Bedachtnahme auf die für die Zustellung der Klage voraussichtlich erforderliche Zeit so anzuberaumen, dass zwischen der Zustellung und der Tagsatzung ungefähr ein Zeitraum von vierzehn Tagen zu liegen kommt.

Wenn der Aufenthalt des Beklagten unbekannt ist, kann die erste Tagsatzung nach Maßgabe der Verhältnisse auch auf einen entfernteren Zeitpunkt, in dringenden Fällen hingegen, wenn sich der Beklagte am Gerichtsorte aufhält oder doch diesen Ort leicht in kurzer Zeit erreichen kann, auf Antrag auf einen näher gelegenen Zeitpunkt, und wenn nöthig selbst so bestimmt werden, dass zwischen der Zustellung und der Tagsatzung nur ein Zeitraum von vierundzwanzig Stunden liegt.

1. Die Frist des § 231 ist eine Ladungsfrist (§ 123, Anm. 4), welche zur Vorbereitung der Partei zwischen der Ladung und Tagsatzung bestimmt ist.

Der Entwurf begnügt sich mit der Angabe einer gewissen Normalfrist, durch die dem Richter zugleich zu erkennen gegeben wird, welches Maß von Raschheit die Gesetzgebung von dem Processe erwartet.

Da bei der ersten Tagsatzung in die Verhandlung zur Hauptsache noch nicht eingegangen wird, dürfte ein Zeitraum

Digitized by Google

von ungefähr vierzehn Tagen in der Regel dem Beklagten zur Sammlung und Bereitstellung derjenigen Vertheidigungsbehelfe vollkommen genügen, von welchen er bei sonstiger Präclusion schon in der ersten Tagsatzung Gebrauch machen muss. Der Charakter der erwähnten vierzehntägigen Frist wird durch die Zusatzbestimmung des Absatzes 2 noch mehr ins Licht gestellt. Wenn dem Kläger daran gelegen, dass die erste Tagsatzung auf recht kurze Zeit angeordnet werde, so wird er bereits in der Klage einen bezüglichen Antrag stellen können. Nach den Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze wird dann aber auch gleich die Klage die Angaben und Belege enthalten müssen, welche zur Begründung eines solchen Antrages erforderlich sind (Regierungsmotive, S. 252).

2. Wenn die Zustellung derart verzögert wird, dass die zwischen der Zustellung und der anberaumten Tagsatzung liegende Frist dem Beklagten eine genügende Vorbereitung nicht mehr gestattet, und wenn der Beklagte an dieser Verzögerung der Zustellung keine Schuld trägt, so hat der Vorsitzende des Senates die anberaumte Tagsatzung nach § 139 auf Antrag oder von amtswegen noch vor ihrer Abhaltung zu erstrecken, weshalb der Vorsitzende die rechtzeitige Zustellung der Klage schon mehrere Tage vor der Tagsatzung zu prüfen hat. Die Erlassung eines Versäumnisurtheiles wird durch eine verspätete Zustellung der Klage nicht behindert, wohl aber wird dieselbe das Begehren um Erstreckung der Tagsatzung begründet erscheinen lassen, wenn hiedurch die Einlassungsfrist erheblich verkürzt worden ist (§ 139, Anm. 2). Die Minimaleinlassungsfrist von 24 Stunden muss immer eingehalten werden, selbst bei Bezirksgerichten, wenn vor denselben eine abgesonderte erste Tagsatzung (§ 239) angeordnet wird, da die kürzere Einlassungsfrist des § 436 für die Streitverhandlung und nicht für die erste Tagsatzung gilt. In solchen dringenden Fällen wird aber bei Bezirksgerichten keine „erste Tagsatzung" anzuordnen sein.

3. Neben der Anordnung der Tagsatzung muss die Ladung zur ersten Tagsatzung die bei § 131, Anm. 2 angeführten Rechtsbelehrungen enthalten und es begründet die Unterlassung dieser Belehrung gemäß § 145 einen Mangel des Verfahrens, welcher die Erlassung eines Versäumnisurtheiles nach § 402, Abs. 1 unzulässig erscheinen lässt.

Bei Bezirksgerichten muss die abgesonderte Anordnung einer ersten Tagsatzung in der Ladung kenntlich gemacht werden und es muss die Ladung die Belehrung über die Rechtsfolgen des Ausbleibens und nach § 438 die Aufforderung ent-

Digitized by Google

halten, die sich auf den Gegenstand des Rechtsstreites beziehenden Augenscheinsgegenstände und Urkunden zur Tagsatzung mitzubringen oder Anträge wegen Herbeischaffung derselben oder wegen Ladung von Zeugen noch vor der Tagsatzung zu stellen.

Streitanhängigkeit.

§ 232. Die Rechtshängigkeit der Streitsache (Streitanhängigkeit) wird durch die Zustellung der Klageschrift an den Beklagten begründet. Zur Wahrung einer Frist sowie zur Unterbrechung des Ablaufes einer Frist genügt, wenn nichts anderes vorgeschrieben ist, die Ueberreichung der Klage bei Gericht.

Wird von einer Partei erst im Laufe des Processes ein Anspruch erhoben, so tritt die Streitanhängigkeit in Ansehung dieses Anspruches mit dem Zeitpunkte ein, in welchem derselbe bei der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wurde.

1. Die Streitanhängigkeit bezeichnet die processuale Gebundenheit des im Rechtsstreite befangenen Klageanspruches, soweit er durch Klage- oder Widerklageantrag geltend gemacht ist.

Dieser Zustand dauert bis zur Rechtskraft der Endentscheidung über diesen Gegenstand, oder bis zum Abschluss eines Processvergleiches oder bis zu einer zulässigen Zurücknahme der Klage (Wilmowski, S. 399). Zur Begründung dieses processualen Verhältnisses durch Klage oder Widerklage ist die Zustellung derselben erforderlich.

Erfolgt die Zustellung der Klage nicht, was nach § 439 bei Bezirksgerichten der Fall ist, wenn Kläger mit der Gegenpartei ohne Vorladung erscheint, so wird die Streitanhängigkeit im Sinne des zweiten Absatzes mit der Geltendmachung des Anspruches bei der mündlichen Verhandlung eintreten. Das Ansuchen um Erlassung des Zahlungsbefehles im Mahnverfahrens hat gemäß § 13 Ges. v. 27. April 1873, Nr 67 R.-G.-Bl., in Betreff der Anhängigkeit der Streitsache bei Gericht und der Unterbrechung der Verjährung die Wirkung einer Klage; auf die Begründung des Gerichtsstandes der Widerklage und der zusammenhängenden Streitsachen jedoch ist dieses Ansuchen ohne Wirkung. Tritt der Zahlungsbefehl außer Kraft, so ist die Verjährung bis zur Erhebung des Widerspruches als gehemmt anzusehen.

Durch die Compensationseinrede wird nach der Civilprocessordnung nicht wie durch die Widerklage bezüglich der Gegenforderung Streitanhängigkeit begründet, dieselbe hat viel-

Digitized by Google

mehr lediglich den Charakter eines Vertheidigungsmittels (Reichsgericht Leipzig, XVI 375). Desgleichen wird durch die Nebenintervention des Hauptschuldners in dem Processe gegen den Bürgen betreffs des Intervenienten Streitanhängigkeit nicht begründet (Reichgericht Leipzig, Fuchsberger, S. 365).

2. Neben den processrechtlichen Wirkungen der Streitanhängigkeit sind mit derselben auch materiellrechtliche Folgen, insbesondere bezüglich der Verjährung (§ 1497 a. b. G.-B.), des neuerlichen Zinsenlaufes (§ 1335 a. b. G.-B.), verbunden. Sofern zur Wahrung dieser Rechtsfolge eine Frist einzuhalten ist, genügt die Uebereichung der Klage, falls nicht, wie im § 80 W. O. bezüglich der Unterbrechung der Wechselverjährung, in den §§ 338, 378, 824 a. b. G.-B. bezüglich des Umfanges der Restitutionspflicht die Zustellung der Klage ausdrücklich vorgeschrieben ist. Durch die Anmeldung im Concurse wird der Lauf der Verjährung ebenso wie durch eine gerichtliche Klage unterbrochen. Insbesondere hat die Anmeldung von Wechselforderungen die nämliche Folge, wie nach Art. 80 der W. O. die Behändigung der Klage.

3. Die Bestimmungen über den Eintritt der Streitanhängigkeit wären nicht erschöpfend, wenn sie nicht auch die im Laufe des Verfahrens eintretende Geltendmachung neuer Ansprüche berücksichtigen würden, ein Fall, der sich namentlich bei einer nach § 235 zulässigen Klagserweiterung leicht ergeben kann. Der neue Anspruch wird möglicher Weise vor der mündlichen Verhandlung, in welcher die Partei ihn geltend macht, dem Gegner mittels vorbereitenden Schriftsatzes angezeigt. Aber das ist weder nothwendig, noch kann ein solcher Schriftsatz in irgend einer Beziehung der Klagsschrift gleichgestellt werden. Die Bestimmungen über die Zustellung von Klagen finden auf derlei Schriftsätze gleichfalls keine Anwendung u. s. w. Da es außerdem aus manchen Gründen wünschenswert ist, den Zeitpunkt des Eintrittes der Streitanhängigkeit möglichst außer Zweifel zu stellen, dieser Wunsch aber von vorneherein vereitelt wäre, wenn hinsichtlich solcher später erhobener Ansprüche stets zwei Momente in Frage kämen, so wird im § 232 vorgeschlagen, die Streitanhängigkeit der erwähnten Ansprüche immer erst mit dem Augenblicke ihres thatsächlichen Vorbringens in der mündlichen Verhandlung eintreten zu lassen (Regierungsmotive, S. 253). Die Vorschrift ist für jede zulässige Erweiterung und Aenderung der Klagsanträge anwendbar, auch wenn sie vor Eintritt der Streitanhängigkeit mittels vorbereitenden Schriftsatzes erfolgen. Sie gilt auch für Zwischenanträge auf Feststellung nach § 236. Die Geltendmachung des

Digitized by Google

wechselrechtlichen Anspruches in der mündlichen Verhandlung steht nach Art. XLV Einf.-Ges. der Behändigung der Klage in Bezug auf die wechselrechtliche Verjährung gleich.

Wenn Zweifel darüber entstehen sollten, ob eine Aenderung des Klagebegehrens im civilrechtlichen Sinne als Geltendmachung eines neuen Anspruches anzusehen sei, werden dieselben nach den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzes gelöst werden müssen (Regierungsmotive, S. 259).

§ 233. Die Streitanhängigkeit hat die Wirkung, dass während ihrer Dauer über den geltend gemachten Anspruch weder bei demselben noch bei einem anderen Gerichte ein Rechtsstreit durchgeführt werden darf. Eine während der Streitanhängigkeit wegen des nämlichen Anspruches angebrachte Klage ist auf Antrag oder von amtswegen zurückzuweisen.

Nach dem Eintritte der Streitanhängigkeit kann der Beklagte, wenn die sonstigen gesetzlichen Bedingungen des Gerichtsstandes der Widerklage vorhanden sind, bei dem Gerichte der Klage insolange eine Widerklage anbringen, als nicht die mündliche Verhandlung in erster Instanz geschlossen ist.

1. Die Gesetzgebung kann sich nicht damit begnügen, der Anhängigkeit eines identischen Processes eine gewisse Ausschlusswirkung beizulegen, diesen Effect aber dann wieder dem Belieben und Gutdünken der Parteien freizugeben (Motive des Herrenhauses, S. 10). Die Einrede der Streitanhängigkeit ist zwar nach § 239 bei der ersten Tagsatzung anzumelden, die Streitanhängigkeit ist aber nach § 240 jederzeit von amtswegen zu berücksichtigen, mag die Einrede angemeldet worden sein oder nicht.

Darauf von amtswegen zu achten, will nicht sagen, dass der Richter nunmehr in jedem einzelnen Falle die Vorgeschichte des Processes und die sonstigen Beziehungen der Parteien zu erforschen habe, um von gleichzeitigen oder früheren Processen über denselben Anspruch Kenntnis zu erlangen. Wo ihm jedoch während der Verhandlung und mittels der sonstigen, processualisch zulässigen Informationsquellen solches kund wird, hat er es im Interesse der Partei zu verwerten, ohne einen bezüglichen Antrag abzuwarten (Motive des Herrenhauses, S. 10). Darnach kann die Streitanhängigkeit erst während der Verhandlung, nicht schon bei Erledigung der Klage, also erst nach Anhörung der Gegenpartei berücksichtigt werden.

2. Streitanhängigkeit liegt nur dann vor, wenn die Streitsache und die Streitparteien identisch sind. Der Begriff der Identität zweier Streitsachen ist nicht mit dem der Präjudicia-

Digitized by Google

lität zu verwechseln, die letztere findet ihre Berücksichtigung im § 190, wonach unter den dort aufgestellten Erfordernissen die Unterbrechung des Verfahrens angeordnet werden kann (O. L. G. Hamburg, Fuchsberger, S. 367). Außerdem ist erforderlich, dass die Streitsache bei einem Gerichte neuerlich anhängig gemacht wurde. Es ist unbedenklich, dass die Einrede, die Streitsache sei bereits anderweitig anhängig gemacht, auch auf die Klageerhebung bei einem ausländischen Gerichte gegründet werden kann. Die Einrede der Rechtshängigkeit kann aber auf den ausländischen Process nur dann gestützt werden, wenn die Vollstreckung gegenseitig verbürgt ist (Reichsgericht Leipzig, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 167). Ob die Vorklage oder die zweite Klage in einer besonderen Verfahrensart anhängig gemacht wurde und ob vielleicht die Vorklage bei einem unzuständigen Gerichte eingebracht worden ist, hat keinen Einfluss. Durch Erhebung einer Feststellungsklage werden aber condemnatorische Ansprüche der Parteien nicht anhängig, denn dieselbe Streitsache liegt nicht vor, wenn die eine Partei eine Feststellungsklage, die andere Partei einen condemnatorischen Anspruch erhoben hat (O. L. G. Hamburg, Fuchsberger, S. 368).

Dagegen liegt derselbe Streitgegenstand vor, wenn in einem Processe mit umgekehrter Parteirolle der dem Anspruche des Klägers in dem ersten Processe direct entgegengesetzte, dasselbe Object betreffende Anspruch erhoben wird, z. B. in dem einen Processe die Klage auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses, in dem andern auf Feststellung des Nichtbestehens; in dem einen auf Feststellung der Echtheit einer Urkunde, in dem andern auf Feststellung ihrer Unechtheit (Seiffert, Anm. 3). Wird die Klage bei zwei Gerichten an demselben Tage anhängig gemacht, so kann die Einwendung bei beiden Gerichten geltend gemacht werden und jenes Gericht, welches früher in die Lage kommt, über diese Einwendung zu entscheiden, hat die Grundhältigkeit derselben selbständig zu prüfen (E. d. O. G. H. Nr. 14228).

Die Zurückweisung erfolgt gemäß § 261 mittels Beschlusses, gegen welchen Recurs zulässig ist.

3. Nur der Beklagte, nicht auch dessen Nebenintervenient ist zur Widerklage berechtigt. Eine Processvollmacht ermächtigt den Bevollmächtigten gemäß § 31 zur Erhebung derselben. Der § 96 J. N. bestimmt nicht bloß den Gerichtsstand der Widerklage, sondern zugleich auch die Bedingungen der Zulässigkeit einer Widerklage überhaupt. Die Widerklage soll

Digitized by Google

a) zulässig sein, wenn der Gegenanspruch mit dem Klageanspruch im thatsächlichen oder rechtlichen Zusammenhange steht. Die in der Gestattung einer Widerklage gelegene Abweichung von den sonstigen Zuständigkeitsregeln und zumal vom § 65 darf nicht aus dem Gesichtspunkte einer Begünstigung des Beklagten aufgefasst werden. Sie ist nur insoweit motiviert, als entweder dadurch die Verhandlung des vom Beklagten erhobenen Anspruches gefördert und erleichtert zu werden, oder als die Widerklage der Verhandlung und Entscheidung über den mit der Hauptklage gegen den Widerkläger erhobenen Anspruch selbst zu nützen vermag. In letzterer Beziehung kann der Vortheil bei bloß thatsächlichem Zusammenhang der Ansprüche viel größer sein, als bei rein rechtlicher Connexität. Man braucht nur beispielsweise an den noch nicht durch einen Contocorrentabschluss zur rechtlichen Einheit erhobenen Geschäftsverkehr zweier Producenten zu denken, bei welchen auf beiden Seiten Warenlieferungen vorkommen. Die Klarstellung der aus solchem Geschäftsverkehre sich nach beiden Seiten hin ergebenden Rechtsfolgen wird durch die Vereinigung der Verhandlung über beide Klagen — und die erste Vorbedingung hierzu ist die Zuständigkeitsbestimmung des § 96 — außerordentlich gewinnen, obwohl hier Ansprüche und Gegenansprüche leicht ein selbständiges rechtliches Fundament haben können (separate Kauf- oder Lieferungsverträge u. s. w.) und nur als Bestandtheile der zwischen den beiden Personen angeknüpften lebhaften Geschäftsverbindung im Zusammenhange stehen (Regierungsmotive, S. 81).

b) Die Widerklage ist ferner zulässig, wenn der mit ihr geltend gemachte Anspruch sich zur Compensation mit dem Klagsanspruche eignet, also richtig, gleichartig, fällig ist und dem Beklagten gegen den Kläger zusteht (§§ 1438 ff. a. b. G.-B.). Dem Beklagten steht es frei, eine compensable Gegenforderung nur in Form der Compensationseinrede geltend zu machen (§§ 188, 391), oder wegen dieses Anspruches eine Widerklage zu erheben oder seine Gegenforderung sowohl im Wege der Widerklage als auch als Einrede vorzubringen. Die Entscheidung über den Bestand oder Nichtbestand einer einredeweise geltend gemachten Gegenforderung ist jedoch nach § 411 nur bis zur Höhe des aufzurechnenden Betrages der Rechtskraft theilhaftig, während

Digitized by Google

im Wege der Widerklage auch der den Klageanspruch überschreitende Betrag gefordert werden kann.

c) Die Widerklage ist endlich auch zulässig zur Feststellung eines im Laufe des Processes streitig gewordenen Rechtsverhältnisses oder Rechtes, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung über das Klagebegehren ganz oder zum Theile abhängt, welches Begehren aber nach § 259 auch als Zwischenantrag gestellt werden kann.

Zu welchen Schwierigkeiten es Anlass geben würde, wenn man die Zuständigkeitsbestimmung des § 96 in Ansehung der Feststellungswiderklage nicht anerkennen wollte, braucht kaum näher dargelegt zu werden. Die Verweisung an das Gericht der Haupt- oder Vorklage wird in den meisten Fällen auch die Verweisung des Feststellungsprocesses an denselben Senat oder an den nämlichen Richter ermöglichen, der bereits mit ersterem Processe befasst ist. Was in dem einen der beiden Processe vorgebracht, erhoben oder ermittelt wird, dient dann immer auch der Erledigung des anderen Processes, mag zugleich eine Verbindung der Verhandlung angeordnet werden oder nicht. Infolge dessen wird das Beweisverfahren häufig genug, wenn nicht ganz entfallen, so doch beträchtlich verkürzt und vereinfacht werden. Die juristische Auffassung und Beurtheilung beider Fälle wird sich auf diese Art gleichfalls schärfen und vertiefen und auch der Rechtskraftwirkung eines Feststellungserkenntnisses wird damit die natürliche Basis gegeben (Regierungsmotive, S. 82). Voraussetzung dieser Widerklage ist, dass das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses für die Entscheidung präjudiciell ist, und zwar nicht bloß nach der Behauptung des Widerklägers, sondern thatsächlich, und dass das festzustellende Rechtsverhältnis nach den thatsächlichen Anführungen der Processparteien streitig ist (§ 236). Die Urkundenfeststellungsklage kann als Widerklage nicht angebracht werden.

4. Neben den im Abs. 1 des § 96 J. N. angeführten positiven Voraussetzungen der Widerklage stellt Abs. 2 noch ein negatives Erfordernis derselben auf, dass nämlich für den Gegenanspruch, wenn er durch besondere Klage verfolgt würde, die sachliche und örtliche Zuständigkeit desselben Gerichtes gemäß § 104 zu begründen möglich sein muss (Wilmowski, S. 75).

Weil die Berechtigung des Widerklagegerichtsstandes eigentlich in der Vortheilhaftigkeit der gemeinsamen Verhand-

Digitized by Google

lung wurzelt, so muss das Ende der mündlichen Verhandlung (§ 193) über die Vorklage auch der zu Gunsten der Widerklage zugelassenen Ausnahme ein Ende machen (Regierungsmotive, S. 82).

Deshalb wird auch die Widerklage wegen Unzuständigkeit abzuweisen sein, wenn die Vorklage wegen einer mangelnden Processvoraussetzung oder wegen Unzuständigkeit abgewiesen wird. Desgleichen wird die Zurücknahme der Vorklage, welche jedoch nach § 237 ohne Zustimmung des Beklagten nur bis zur ersten Tagsatzung zulässig ist, die Abweisung der Widerklage wegen Unzuständigkeit zur Folge haben (Seuffert, Anm. 3). Anderer Meinung Wilmowski, S. 74.

5. In Uebereinstimmung mit der bestehenden Gesetzgebung braucht die Widerklage nicht mit der Vertheidigung des Beklagten verbunden zu werden; sie kann abgesondert erhoben werden. Ungeachtet der Verbindung mit der sonstigen Vertheidigung ist die Widerklage selbständige Klage. Dennoch wird das Gericht, wenn Gründe dafür sprechen, die über Klage und Widerklage eingeleiteten Processe mit einander verbinden dürfen und müssen (Regierungsmotive, S. 82). Damit ist nicht ausgeschlossen, dass concretenfalls über die Widerklage separat verhandelt werde, wenn sich die Sonderung der Verhandlungen nach dem meritorischen Verhältnisse der beiden Rechtssachen besser empfiehlt. Es ist dies eine Frage der dem Gerichte zustehenden Processleitung. Deshalb kann auch eine bloß theilweise Verbindung der Verhandlung über Vor- und Widerklage stattfinden (Regierungsmotive, S. 253). Zur Verbindung der Verhandlung über Klage und Widerklage ist nach § 187 sonach der Beschluss des Senates erforderlich, gegen den ein Rechtsmittel ausgeschlossen ist.

6. Eine weitere Wirkung der Streitanhängigkeit ist, dass nach § 29 J. N. das rechtmäßigerweise angerufene Gericht trotz nachträglicher Aenderung der für die Zuständigkeit maßgebenden Umstände zuständig bleibt. Weder spätere Aenderungen bezüglich der sachlichen Zuständigkeit, noch solche bezüglich der örtlichen Zuständigkeit haben einen Einfluss. Bezüglich des für die Zuständigkeit maßgebenden Wertes des Streitgegenstandes ist nach § 54 J. N. der Zeitpunkt der Anbringung der Klage entscheidend. Abzahlungen zwischen der Anbringung und Zustellung der Klage sind daher für die Zuständigkeit ohne Wirkung.

Andere Aenderungen in dieser Zwischenzeit, z. B. Wohnungswechsel werden aber zu berücksichtigen sein. Klageänderungen durch Erweiterung des Klagebegehrens sind nach

Digitized by Google

§ 235 gleichfalls zu berücksichtigen. Eine Verbindung mehrerer Processe nach § 187 hat auf die Zuständigkeit keinen Einfluss.

§ 234. Die Veräußerung einer in Streit verfangenen Sache oder Forderung hat auf den Process keinen Einfluss. Der Erwerber ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners als Hauptpartei in den Process einzutreten.

1. Die Veräußerung soll auf die formelle Processführung und die Parteirollen keinen Einfluss haben. Der ursprüngliche Kläger oder Beklagte bleibt trotz der Veräußerung Processpartei, dies gilt sowohl wenn der Kläger seinen Klagsanspruch veräußert, als auch wenn der Beklagte sich des vom Kläger beanspruchten Streitgegenstandes zu Gunsten einer dritten Person begibt. Ob die Veräußerung eine freiwillige oder erzwungene war, macht keinen Unterschied, doch ist nur die Singularsuccession unter Lebenden gemeint, nachdem für die Rechtsnachfolger einer verstorbenen Processpartei durch §§ 155 ff. besondere Bestimmungen getroffen werden.

Der Process wird trotz der Veräußerung unter den bisherigen Parteien fortgeführt. Der Veräußernde kann die Processführung nicht verweigern, weil er veräußert hat, noch kann ihm der Gegner die Einwendung der mangelnden Legitimation zur Sache entgegenstellen.

2. Materiellrechtlich wird durch die Vorschrift des § 234 nichts geändert. Die Rechte des Veräußerers und Erwerbers sind nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Ersterer hat den Process unter Berücksichtigung der Rechte des Erwerbers weiterzuführen. Er muss, wenn er auf Leistung klagt, das Begehren auf Leistung an den Erwerber stellen, weil ihm sonst der Gegner einwenden kann, er sei nicht mehr zum Empfange der Leistung berechtigt (§ 1396 a. b. G.-B.) Der Gegner des Veräußerers kann dem Anspruche alle materiellrechtlichen Einwendungen entgegensetzen, welche ihm der Person des Cessionärs gegenüber zustehen (§ 1442 a. b. G.-B.), und wenn er gegen den Veräußerer auf Leistung der veräußerten Sache geklagt hat, kann er statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes nach § 235 das Interesse fordern.

3. Nur wenn der Gegner einwilligt, kann der Rechtsnachfolger als Hauptpartei in den Process eintreten, was nach Analogie des § 241 den Beschluss auf Entbindung des Rechtsvorgängers von der Klage zur Folge haben kann, welche nur in der mündlichen Verhandlung zulässig erscheint. Ohne Einwilligung des Gegners kann der Erwerber nur als Nebenintervenient der Hauptpartei in den Process eintreten und es

Digitized by Google

kommen ihm die dem Nebenintervenienten nach § 20 eingeräumten Rechte eines Streitgenossen niemals zu, weil er hiedurch Hauptpartei würde, was ihm durch § 234 ohne Zustimmung des Gegners versagt ist.

4. Der Erwerber wird jedoch nicht behindert sein, seine Rechte gegen den Veräußerer und dessen Gegner mit besonderer Klage geltend zu machen und das Gesetz versagt es ihm nicht, im Wege der Hauptintervention beide Theile zu klagen (§ 16). Desgleichen werden die Bestimmungen der Grundbuchsordnung über die rechtlichen Wirkungen der Klags- und Streitanmerkung durch § 234 nicht derogiert.

Das Urtheil ist nach § 9 E. O. für und gegen den Erwerber vollstreckbar.

Klagsänderung.

§ 235. Zu einer Aenderung der bei Gericht überreichten Klage, und namentlich zu einer Erweiterung des Klagebegehrens, durch welche die Zuständigkeit des Processgerichtes nicht ausgeschlossen wird, ist der Kläger vor Eintritt der Streitanhängigkeit stets berechtigt.

Nach Eintritt der Streitanhängigkeit bedarf er hiezu der Einwilligung des Gegners; diese Einwilligung ist als vorhanden anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne gegen die Abänderung Einwendung zu erheben, über die abgeänderte Klage verhandelt.

Das Gericht kann jedoch solche Aenderung selbst nach Eintritt der Streitanhängigkeit und ungeachtet der Einwendung des Gegners zulassen, wenn aus der Aenderung eine erhebliche Erschwerung oder Verzögerung der Verhandlung nicht zu besorgen ist.

Als eine Aenderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes die thatsächlichen Angaben der Klage und die in derselben angebotenen Beweise geändert, ergänzt, erläutert oder berichtigt werden, oder wenn, gleichfalls ohne Aenderung des Klagegrundes, das Klagebegehren in der Hauptsache oder in Beziehung auf Nebenforderungen beschränkt oder statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird.

1. Vor Eintritt der Streitanhängigkeit, also in der Zeit von der Ueberreichung bis zur Zustellung der Klage (§ 232), ist eine Aenderung der Klage nur insoweit beschränkt, als hiedurch die örtliche oder sachliche Zuständigkeit des Processgerichtes ausgeschlossen wird. Eine solche stets unzulässige Klageänderung ist nicht nur vor Eintritt der Streitanhängigkeit,

Digitized by Google

sondern stets von amtswegen zu berücksichtigen (§ 41 J. N.) und es ist durch Beschluss die Unzulässigkeit einer solchen Klageänderung auszusprechen, wo sodann über die ursprüngliche Klage zu verhandeln ist. Eine Aenderung in der Person des Klägers ist aber auch vor Eintritt der Streitanhängigkeit unzulässig, weil nach dem Wortlaute des Gesetzes nur der Kläger selbst zu einer Aenderung berechtigt erscheint. Das Begehren über die Richtigkeit und die Rangordnung von bestrittenen Ansprüchen im Concurse kann weder in Ansehung des Betrages noch in Ansehung des Vorrechtes über denjenigen Umfang erweitert werden, in welchem es bei der Anmeldung gestellt worden ist (§ 130 C. O.).

2. Im zweiten Absatze ist der Grundsatz aufgestellt, dass nach Eintritt der Streitanhängigkeit die Aenderung vom Beklagten gerügt werden kann, dass aber die Aenderung (in erster Instanz) nicht von amtswegen gerügt werden soll, indem sie mit Bewilligung des Beklagten zulässig ist (Wilmowski, S. 403). Im Berufungsverfahren ist eine Aenderung der Klage auch mit Einwilligung des Beklagten nicht zulässig (§ 483). Die Einwilligung des Beklagten kann ausdrücklich, sie kann aber auch stillschweigend dadurch erfolgen, dass er über die abgeänderte Klage ohne Einwendung verhandelt.

Mit Rücksicht darauf, dass ein Antrag auf Bewilligung der Aenderung der Klage schon bei der ersten Tagsatzung gestellt werden kann, und dass über denselben in der ersten Tagsatzung zu entscheiden ist, muss gefolgert werden, dass das Recht der Einwendung dem Beklagten in diesem Falle nur in der ersten Tagsatzung zusteht. Vor Bezirksgerichten und bei späteren Klageänderungen vor Gerichtshöfen steht dem Beklagten dieses Recht noch in der nächsten mündlichen Verhandlung zu, er geht dieses Rechtes durch Unterlassung der Einwendung in der Klagebeantwortung oder in anderen vorbereitenden Schriftsätzen nicht verlustig und sein Ausbleiben von der Tagsatzung ist als stillschweigende Einwilligung nicht anzusehen.

3. Dem Ueberwiegen praktischer Gesichtspunkte entspricht es, wenn die Klagsänderung auch gegen den Willen des Beklagten für statthaft erklärt wird, falls aus der Aenderung eine erhebliche Erschwerung oder Verzögerung der Verhandlung nicht zu besorgen ist. Unter Umständen wird das bisherige Verfahren, ungeachtet der Aenderung, auch für die Entscheidung über den geänderten Anspruch zum großen Theile oder wenigstens hinsichtlich einzelner wichtiger Punkte verwertet werden können (Regierungsmotive, S. 254).

Digitized by Google

Im vorbereitenden Verfahren ist eine Klageänderung unzulässig und es darf eine solche bei einer einem vorbereitenden Verfahren gemäß §§ 250, 251 nachfolgenden mündlichen Verhandlung ohne Zustimmung des Beklagten nur dann zugelassen werden, wenn von dem Kläger glaubhaft gemacht wird, dass er von dem neuen Vorbringen zur Zeit des vorbereitenden Verfahrens keine Kenntnis hatte (§§ 252, 263). Ueber die Zulassung einer vom Beklagten bestrittenen Klageänderung ist mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 239 stets sofort in der mündlichen Verhandlung mit Beschluss zu entscheiden. Wird die Klageänderung zugelassen, so ist über die abgeänderte Klage, wird sie abgewiesen, so ist über die ursprüngliche Klage zu verhandeln und zu entscheiden.

4. Jede Aenderung des Klagegrundes (§ 226, Anm. 3) ist eine Aenderung der Klage. Nach den Vorschriften des § 235 ist entsprechend der Tendenz des neuen Processgesetzes nach möglichst freier Gestaltung des mündlichen Verfahrens auch dem Kläger gestattet, seine schriftliche Klage zu modificieren, soweit nicht die Aenderung des Klagegrundes vorliegt (Reichsgericht Leipzig, X 396). Maßgebend für die Beurtheilung, ob eine Klageänderung vorliege, ist, wie die Entstehungsgeschichte der hier einschlägigen Bestimmungen nachweist, die Frage, ob der neue Klagegrund ein solcher ist, durch den die Natur des Anspruches nicht geändert wird, so dass einer wiederholten Geltendmachung des ursprünglich erhobenen Anspruches auf Grund des ergangenen Urtheils die exceptio rei judicatae entgegengesetzt werden könnte (O. L. G. f. Bayern, Fuchsberger, S. 368).

Die Bezugnahme des Klägers auf eine andere rechtliche Beurtheilung seines Klagevorbringens enthält nicht die Aufstellung eines neuen Klagegrundes (Reichsgericht Leipzig, Fuchsberger, S. 368).

Dem Richter liegt es ob, die rechtliche Natur und den Charakter einer Klage nach Maßgabe der zur Begründung derselben angeführten Thatsachen und des gestellten Antrages seinerseits zu würdigen, ohne dass er dabei an die Rechtsansicht der Parteien gebunden wäre (Reichsgericht Leipzig, IX 214). Eine Aenderung des Klagegrundes liegt aber vor, wenn der Entstehungsgrund des eingeklagten Anspruches auf ein anderes Rechtsgeschäft zurückgeführt wird. Auch bei dinglichen Klagen bildet der Entstehungsgrund des streitigen Rechtes, einen Theil des Klagegrundes. Die bloße Bezeichnung des dinglichen Rechtes, welches geltend gemacht wird, kann diesem wesentlichen Erfordernisse des Klagegrundes nicht genügen,

Digitized by Google

bei Bezeichnung eines neuen Erwerbsgrundes für ein bestrittenes Eigenthumsrecht liegt sohin eine Klageänderung vor (Reichsgericht Leipzig, Fuchsberger, S. 376).

Auf Einreden, einschließlich der Compensationseinrede, ist der Begriff der Klageänderung nicht anwendbar, wohl aber auf Zwischenanträge (§ 236) und Widerklagen.

5. Der Klagegrund ist nicht identisch mit denjenigen Thatsachen, welche in der Klage zur Begründung des Klagebegehrens angeführt wurden (Motive des Ausschusses, S. 34). Dementsprechend ist der Aenderung des Klagegrundes die bloße Abänderung, Ergänzung, Erläuterung oder Berichtigung einzelner zum Klagegrunde gehöriger Anführungen gegenübergestellt (Reichsgericht Leipzig, XIV 428). Wieweit dies zulässig ist, richtet sich darnach, ob dadurch das individuelle Rechtsverhältnis geändert wird, das den Klagegrund bildet und das Klagebegehren bestimmt (Busch 10, 521). Die nachträgliche Bezugnahme auf eine vorgängige mündliche Verabredung nach früherer alleiniger Geltendmachung einer hierwegen vorgenommenen schriftlichen Erklärung, schließt keine Klageänderung in sich (O. L. G. f. Bayern, Fuchsberger, S. 368). Dagegen ist bei Klageansprüchen aus einer Cession jedes Vorbringen, welches einen anderen, als den ursprünglich behaupteten Cessionsvertrag anruft, als eine Klageänderung anzusehen (Reichsgericht Leipzig, A. V 90). Nach der rechtlichen Natur der Novation steht das aus einer anderen Verbindlichkeit durch Novation entstandene Darlehen rechtlich ganz gleich dem gewöhnlichen Darlehen, weshalb darin, dass vom Kläger an die Stelle des letzteren Anspruches ein durch Novation entstandenes Darlehen gesetzt worden ist, nicht eine Aenderung des Klagegrundes gefunden werden darf (Reichsgericht Leipzig, X 396).

6. Eine Beschränkung des Klagebegehrens ohne Aenderung des Klagegrundes ist keine Klageänderung, eine Erweiterung dann, wenn nicht statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird. Eine solche Aenderung des Klagegegenstandes ist keine Klageänderung, mag sie die Folge später eingetretener Veränderungen der thatsächlichen und rechtlichen Lage sein oder nicht, so lange nur der Klagegrund nicht geändert wird. Auch der Uebergang der Feststellungsklage in eine Leistungsklage enthält eine Aenderung des Gegenstandes ohne Aenderung des Klagegrundes.

Die Streitanhängigkeit des neuen Anspruches tritt nach § 232 erst mit dessen Geltendmachung bei der mündlichen Verhandlung ein. Zulässig erscheint auch der Antrag auf

Digitized by Google

Leistung eines Entschädigungsbetrages wegen muthwilliger Processführung (§ 408) im Laufe der Verhandlung, und zwar sowohl seitens des Klägers als auch seitens des Beklagten.

Eine Aenderung der Processparteien ist abgesehen von den Fällen der Benennung des Auctors (§ 22), der Succession in den Nachlass eines Verstorbenen (§ 155) und der Eröffnung des Concurses (§ 159) nur mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig. Der Erwerber des Streitobjectes ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners als Hauptpartei in den Process einzutreten (§ 234), der Intervenient kann nur mit Zustimmung beider Processparteien als Partei in den Process eintreten (§ 19).

Zwischenantrag auf Feststellung.

§ 236. Der Kläger kann ohne Zustimmung des Beklagten bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, über welche das Urtheil ergeht, den Antrag stellen, dass ein im Laufe des Processes streitig gewordenes Rechtsverhältnis oder Recht, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung über das Klagebegehren ganz oder zum Theile abhängt, in dem über die Klage ergehenden oder in einem demselben vorausgehenden Urtheile festgestellt werde.

Diese Bestimmung kommt nicht zur Anwendung, wenn über den Gegenstand des neuen Antrages nur in einem besonderen, für Angelegenheiten dieser Art ausschließlich vorgeschriebenen Verfahren verhandelt werden kann, oder wenn die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte der beantragten Entscheidung entgegenstehen.

1. Im Verlaufe der mündlichen Verhandlung kann es sich offenbaren, dass die Parteien über ein Rechtsverhältnis oder Recht verschiedener Meinung sind, über welches der Kläger zwar nicht ausdrücklich ein richterliches Urtheil begehrte, auf dem jedoch das von ihm gestellte Begehren mittelbar oder unmittelbar beruht. Es wurde z. B. in der Klage eine Grunddienstbarkeit in Anspruch genommen und während des Processes vom Beklagten das klägerische Eigenthumsrecht am herrschenden Grundstücke bestritten. Der Kläger hat ein begreifliches, selbst über den Process hinausreichendes Interesse daran, auch diese Voraussetzung seines Klagebegehrens durch rechtskräftigen Richterspruch außer Streit zu stellen. Da die Rechtskraft einem Urtheile nur soweit zukommt, als es über den eigentlichen Klagsanspruch ergeht, könnte der Kläger dieses Interesse im anhängigen Processe nicht befriedigen, abgesehen

Digitized by Google

davon, ob seine Klage darunter leiden würde, wäre es jedenfalls nothwendig, wegen des Grundeigenthumes — wenn etwa der Beklagte das Eigenthum des herrschenden Grundstückes für sich in Anspruch genommen hat — einen neuen Process einzuleiten. Letzteres könnte vermieden werden, wenn es dem Kläger möglich wäre, gleich im anhängigen Processe eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über das Eigenthum am herrschenden Grundstücke zu erlangen. Aehnliche Complicationen können sich bei persönlichen Klagen ergeben (Regierungsmotive, S. 254).

Der Zweck des Feststellungsantrages ist demnach nur darauf gerichtet, dass die schon an sich erforderliche Entscheidung in der Form eines der Rechtskraft fähigen Urtheiles abgegeben werde. Daraus folgt aber, dass die über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses abzugebende Entscheidung für die Klage und für den Zwischenantrag eine identische sein muss und demnach nur auf Grund desselben thatsächlichen Materiales ergehen kann (Reichsgericht Leipzig, IX 343).

2. Bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung (§ 193) kann der Zwischenantrag gestellt werden. Obwohl hier nicht wie im § 233 ausdrücklich von der mündlichen Verhandlung in erster Instanz die Rede ist, so dürfte es doch mit Rücksicht auf die Motive keinem Zweifel unterliegen, dass hier gleichfalls nur die mündliche Verhandlung in erster Instanz gemeint ist, da der Zwischenantrag bezüglich des Zeitpunktes, bis zu welchem seine Erhebung gestattet ist, der Widerklage gleichgestellt sein soll (O. L. G. Braunschweig, Fuchsberger, S. 427).

3. Die bei § 233 unter Anm. 3 c besprochene Voraussetzung, dass das Rechtsverhältnis oder Recht streitig sein, und dass von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung über das Klagebegehren ganz oder zum Theile abhängen müsse, stimmt mit der gleichen Bestimmung des § 96 J. N. überein. Dieselbe ersetzt das sonst für die Feststellungsklage erforderliche rechtliche Interesse (§ 228). Der Feststellungsantrag wird Bestandtheil des Processes und es erfolgt dessen Entscheidung entweder durch das Endurtheil oder durch ein nach § 393 zulässiges Zwischenurtheil.

4. Von den bei § 227, Anm. 4 aufgezählten besonderen Verfahrensarten dürfte hier das Mandatsverfahren entfallen, weil auf Grund einer Urkunde auch das gewöhnliche Verfahren eingeleitet werden kann. Die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit enthalten die §§ 49—53 J. N. Hängt die sach-

Digitized by Google

liche Zuständigkeit von dem Werte des Streitgegenstandes ab, so ist der Wert des Feststellungsantrages anzugeben (§ 56 J. N.). Auch die ausschließlichen besonderen Gerichtsstände der §§ 76 ff. werden der Einbringung eines Feststellungsantrages entgegenstehen, wenn zur Entscheidung über das streitige Rechtsverhältnis ein anderes Gericht ausschließlich zuständig ist.

Der Nebenintervenient kann den Antrag nicht stellen und die Urkundenfeststellungsklage kann in Form eines Zwischenantrages nicht angebracht werden.

Zurücknahme der Klage.

§ 237. Die Klage kann ohne Zustimmung des Beklagten nur bis zum Beginn der ersten Tagsatzung, wenn aber der Beklagte zu dieser nicht erscheint, auch noch bei der ersten Tagsatzung zurückgenommen werden.

Die Zurücknahme der Klage geschieht durch einen dem Beklagten zuzustellenden Schriftsatz oder durch eine bei der mündlichen Verhandlung abgegebene Erklärung. Die Zustellung des Schriftsatzes erfolgt auf Grund einer Verfügung des Vorsitzenden ohne vorgängige Beschlussfassung des Senates.

Die Zurücknahme der Klage hat zur Folge, dass die Klage als nicht angebracht anzusehen ist und der Kläger dem Beklagten alle Processkosten zu ersetzen hat, zu deren Tragung der Beklagte nicht bereits rechtskräftig verpflichtet erkannt wurde. Ueber den Antrag auf Zuerkennung des Kostenersatzes entscheidet der Senat nach vorhergehender mündlicher Verhandlung durch Beschluss.

Die zurückgenommene Klage kann neuerlich angebracht werden, wenn nicht bei deren Zurücknahme auf den geltend gemachten Anspruch verzichtet wurde.

1. Die Zurücknahme der Klage ist eine Processhandlung, zu der der Processbevollmächtigte kraft der Processvollmacht ohne Einschränkung berechtigt ist (§ 31). Sie ist zu unterscheiden von dem Verzichte auf den Klagsanspruch (§ 394). Die Widerklage sowie ein Feststellungsantrag nach §§ 236, 259 können unter den Voraussetzungen des § 237 gleichfalls zurückgenommen werden. Mit Zustimmung des Beklagten kann die Klage jederzeit, bis zum Aufhören der Streitanhängigkeit (§ 232), zurückgenommen werden. Ohne Zustimmung des Beklagten ist sie nur bis zur ersten Tagsatzung (§ 239), (bei der ersten Tagsatzung nur über Ausbleiben des Beklagten) und nach Art. XLVII Einf.-Ges. bei Klagen, welche bei Beginn der Wirksamkeit der C. P. O. bereits anhängig waren, noch bis zum

Digitized by Google

Beginn der ersten, zur Verhandlung der Hauptsache nach dem neuen Gesetze angeordneten Tagsatzung zulässig. Letztere Bestimmung wird auch für das Verfahren vor Bezirksgerichten gelten.

Verweigert der Beklagte seine Einwilligung zu einer späteren Zurücknahme der Klage, so ist über dieselbe durch Urtheil zu entscheiden und es kann der Beklagte, wenn der Kläger nicht verhandelt oder nicht erscheint, Versäumnisurtheil beantragen.

Deshalb fällt auch bei einer späteren einseitigen Zurücknahme der Klage die bereits anberaumte Tagsatzung nicht aus.

2. Wenn die Zurücknahme der Klage nicht bei der mündlichen Verhandlung erfolgt, in welchem Falle sie in das Protokoll aufzunehmen ist, hat sie mittels Schriftsatzes zu erfolgen, auf dessen Zustellung der Beklagte selbst dann nicht rechtswirksam verzichten kann, wenn er seine Einwilligung in dem Schriftsatze selbst zu erkennen gibt. Ueber die Form der Einwilligung enthält das Gesetz keine Bestimmung. Dieselbe kann auch nachträglich erfolgen, weshalb der Kläger bei Ueberreichung des Schriftsatzes die Einwilligung des Beklagten nicht nachzuweisen braucht und der Schriftsatz auch ohne einen solchen Nachweis zuzustellen ist. Sache des Beklagten ist es, der Zurücknahme ausdrücklich oder stillschweigend durch Ausbleiben von der Tagsatzung zuzustimmen oder derselben zu widersprechen.

3. Die im dritten Absatze bestimmten Rechtsfolgen der Zurücknahme der Klage treten sowohl bei der rechtzeitigen einseitigen als auch bei der mit Zustimmung des Beklagten erfolgten Zurücknahme der Klage ein, und zwar die Aufhebung der Streitanhängigkeit ex tunc von selbst, die Verfällung zum Kostenersatze aber erst über Antrag nach mündlicher Verhandlung. Eine Frist zur Stellung dieses Antrages ist nicht festgesetzt und nach § 37 G. V. G. hat die Entscheidung über die Processkosten, falls die Klage vor oder bei der ersten Tagsatzung zurückgenommen wird, durch den Vorsitzenden des Senates (beauftragten Richter) zu erfolgen.

§ 238. Die in § 237 bezeichneten Rechtsfolgen treten auch dann ein, wenn eine Klage in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzes als zurückgenommen zu gelten hat.

Der einzige Fall, in welchem eine Klage als zurückgenommen zu gelten hat, ist der des § 60, wenn das Gericht über Antrag des Beklagten dies beschließt, weil der Kläger in der ihm vom Gerichte bestimmten Frist weder für die Process-

Digitized by Google

kosten Sicherheit geleistet, noch sich zum Eide erboten hat, dass er zum Erlage einer Sicherheit unfähig ist.

Derselbe Beschluss wird über Antrag des Beklagten aus den bei § 60, Anm. 6 angeführten Gründen zu fassen sein, wenn der Kläger den angebotenen Paupertätseid nicht ablegt.

Erste Tagsatzung.

§ 239. Die erste Tagsatzung findet vor dem Vorsitzenden des Senates oder vor einem von diesem beauftragten Mitgliede des Senates statt.

Die erste Tagsatzung ist zur Vornahme eines Vergleichsversuches, zur Anmeldung der Einreden der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Unzuständigkeit des Gerichtes, der Streitanhängigkeit und der rechtskräftig entschiedenen Streitsache, sowie zur Entgegenahme der Erklärung des benannten Auctors bestimmt. Bei der ersten Tagsatzung ist ferner der Antrag auf Sicherheitsleistung für die Processkosten zu stellen; auch kann bei der ersten Tagsatzung die Streitsache auf Grund eines Anerkenntnisses oder Verzichtes oder infolge Versäumnis durch Urtheil erledigt oder vom Kläger der Antrag auf Bewilligung der Aenderung der Klage angebracht werden.

Ueber den Antrag auf Sicherheitsleistung für die Processkosten oder auf Gestattung der Klagsänderung, sowie über den bei der ersten Tagsatzung von einer Partei wegen der Processunfähigkeit eines der Streittheile oder wegen mangelnder Berechtigung der als Vertreter einschreitenden Person gestellten Antrag auf Zurückweisung der Klage ist sogleich bei der ersten Tagsatzung zu verhandeln und zu entscheiden. Auch von amtswegen kann eine Erörterung über die letzteren Punkte oder über eine durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien nicht zu beseitigende Unzuständigkeit des Gerichtes bei der ersten Tagsatzung eingeleitet und auf Grund dessen ein Beschluss über die Einstellung des Verfahrens gefasst werden.

Alles andere Anbringen ist von der ersten Tagsatzung ausgeschlossen.

1. Nach dem Entwurfe ist es Zweck der ersten Tagsatzung zu constatieren, ob ein Streit unter den Parteien durchgeführt werden muss, und dann bejahendenfalls die Verhandlung dieses Streites in doppelter Richtung vorzubereiten, einerseits durch die Erlassung des Auftrages zur Klagsbeantwortung, und anderseits durch die Constatierung, beziehungsweise Erledigung der etwa vorhandenen rein processualischen, das Meritum nicht berührenden Streitpunkte (Regierungsmotive, S. 255). Die Verhandlung vor dem Vorsitzenden des Senates oder dem beauftragten Richter ist öffentlich (§ 171, Anm. 1).

Digitized by Google

Von maßgebender Seite ist die bei § 27 Anm. 2 (S. 53) versuchte Lösung der Frage des Anwaltszwanges in der ersten Tagsatzung für unrichtig erklärt worden. Desgleichen ist unrichtig die Ansicht Dr. Schauers (S. 385), dass in der ersten Tagsatzung vor Gerichtshöfen Anwaltzwang gelte. Die Controverse ist durch ein Versehen entstanden und kann nicht rasch genug beseitigt werden. Die schon von Friedländer (Gerichtszeitung 1896, Nr. 16), von Dr. Georg Neumann (Gerichtszeitung 1896, Nr. 38) verfochtene und von Schuster von Bonnott (S. 235) getheilte, aus § 27 folgende Ansicht, dass kein Anwaltszwang für die erste Tagsatzung bestehe, weil dieselbe vor dem Vorsitzenden oder einem beauftragten Richter stattfindet und das Gesetz nirgends den Anwaltszwang für diese Tagsatzung ausdrücklich festsetzt, ist die allein richtige und vom Gesetzgeber gewollte und es steht zu erwarten, dass dieselbe allgemeine Anerkennung finden wird. Die Vorschrift des § 29, wonach in Streitsachen über 500 fl. nur Advocaten als Bevollmächtigte zugelassen werden, gilt auch für die erste Tagsatzung.

2. Wenn der Kläger oder der Beklagte von der Tagsatzung ausbleibt und die erschienene Partei den Antrag auf Fällung des Urtheiles über Ausbleiben stellt, so hat der die erste Tagsatzung leitende Richter sofort in der Tagsatzung über das Klagebegehren durch Urtheil zu erkennen, wobei das auf den Gegenstand des Rechtsstreites bezügliche Vorbringen der erschienenen Partei, soweit dasselbe nicht durch die vorliegenden Beweise widerlegt wird, für wahr zu halten ist (§ 396).

Dr. Trutter stellt in seinem System (S. 211 ff.) die Ansicht auf und vertheidigt dieselbe in Nr. 2 u. 3 der Juristischen Blätter v. J. 1897, dass der Kläger im Falle des Ausbleibens des Geklagten nur seinen Antrag auf Erlassung des Urtheiles stellen, denselben aber nicht begründen und auf die Hauptsache gar nicht eingehen dürfe; dass ebenso der Beklagte im Falle des Ausbleibens des Klägers nur den Antrag auf Versäumungsurtheil stellen, jedoch zur Hauptsache nicht verhandeln und den Antrag auf Abweisung des Klagebegehrens gar nicht stellen könne. Diese Auffassung ist widerlegt von Dr. Georg Neumann (Juristische Blätter 1896, Nr. 47), von Neumann-Ettenreich (Gerichtszeitung 1897, Nr. 2) und von Dr. Pantuček (Právnik, 1897, S. 8). Man denke nur an den Fall, dass ein Masseverwalter, dass Erben eine durch Schuldschein erwiesene Forderung bona fide einklagen, dass jedoch der Beklagte die Forderung bereits bezahlt hat und dies durch eine Quittung nachweisen kann. Der Beklagte wäre nach Ansicht Dr. Trutters

Digitized by Google

rechtlos, wenn es dem Kläger beliebt, zur Tagfahrt nicht zu erscheinen oder bei derselben nicht zu verhandeln. Denn wenn er den Antrag auf Erlassung des Versäumnisurtheils stellt, so wird er trotz seiner Quittung sachfällig, da er ja die Thatsache der Zahlung gar nicht vorbringen darf; wenn er aber diesen Antrag nicht stellt, so bleibt die Rechtssache anhängig, der Geklagte kann eine Feststellungsklage nicht erheben und er hat betreffs der Kosten das Nachsehen. Das Gesetz will an dem geltenden österreichischen Rechte festhalten und ohne Unterschied, welche der beiden Parteien die Tagsatzung versäumt, das Versäumnisurtheil als meritorischen Spruch in der ersten Tagsatzung gestatten (Motive des Herrenhauses, S. 11), es muss daher so ausgelegt werden, dass diese Intention zur Geltung kommt, was nur dann möglich ist, wenn über den Antrag der erschienenen Partei mündlich verhandelt, derselbe daher durch thatsächliches Vorbringen im Rahmen des § 396 begründet wird. Dem steht nicht entgegen, dass der vierte Absatz des § 239 alles andere Anbringen, als das vorher aufgezählte, von der ersten Tagsatzung ausschließt, weil eben die Erledigung der Streitsache durch Versäumnisurtheil als eine der Aufgaben der ersten Tagsatzung angeführt, das diesbezügliche Verfahren aber nicht durch § 239, sondern durch § 396 geregelt wird. Eine Aenderung oder Erweiterung der Klage ist nach Zustellung derselben ohne Einwilligung des Beklagten ausgeschlossen (§ 235). Als Aenderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes die thatsächlichen Angaben der Klage und die in derselben angebotenen Beweise geändert, ergänzt, erläutert oder berichtigt werden, oder wenn, gleichfalls ohne Aenderung des Klagegrundes, das Klagebegehren in der Hauptsache oder in Beziehung auf Nebenforderungen beschränkt oder statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird (§ 235). Soweit sich der Kläger innerhalb dieser Grenzen hält, wird sein thatsächliches Vorbringen für wahr zu halten und auf Grund desselben über das Klagebegehren zu erkennen sein.

Der Beklagte wird nicht nur berechtigt sein, die Klagsangaben zu widersprechen und auf Grund dessen die Abweisung der Klage zu beantragen, sondern er wird auch rechtshindernde oder rechtsaufhebende Thatsachen, z. B. Verjährung, Compensation, Zahlung, vorbringen können, die der Richter für wahr zu halten und auf Grund deren er unter Berücksichtigung der vorliegenden Beweismittel das Urtheil zu fällen hat. Er ist in seinen thatsächlichen Anführungen nur insoweit beschränkt, als er nichts vorbringen darf, was sich nicht auf den Gegenstand

Digitized by Google

des Rechtsstreites bezieht. Die Frage, ob der allein erschienene Geklagte dem Klagebegehren entsprechend, trotz seines Antrages auf Abweisung der Klage verurtheilt werden kann, ist zu verneinen. Es fehlt hier der Antrag des ausgebliebenen Klägers, der selbst dann erforderlich ist, wenn der Beklagte die Klagsangaben zugesteht oder in das Klagebegehren submittiert (A. M. Dr. Pantuček, Právnik 1897, S. 8).

Die Durchführung eines Processes entfällt ferner, wenn der Kläger die Klage zurückzieht, auf den Anspruch verzichtet, wenn der erschienene Beklagte ins Klagebegehren submittiert, den vom Kläger erhobenen Anspruch anerkennt, oder wenn es dem Richter gelingt, zwischen den erschienenen Parteien einen Vergleich zustande zu bringen (Regierungsmotive, S. 255).

Wenn der Beklagte den klägerischen Anspruch anerkennt und der Kläger den Antrag auf Fällung des Urtheiles stellt, so hat der die erste Tagsatzung leitende Richter nach § 395 das Urtheil sofort mündlich zu verkünden.

Dasselbe gilt, wenn der Kläger auf den geltend gemachten Anspruch verzichtet und der Geklagte den Antrag auf Fällung des Urtheiles stellt (§ 394). Bezieht sich der Verzicht oder das Anerkenntnis nur auf einen Theil des Anspruches, so kann ein Theilurtheil (§ 391) betreffs dieses Theilanspruches erlassen werden.

Stellt die betreffende Partei den Antrag auf Erlassung des Urtheiles nicht oder bleiben beide Theile von der Tagsatzung aus, so ruht das Verfahren (§ 170), wovon außer den etwa bestellten Bevollmächtigten auch die Parteien unter Bekanntgabe der gesetzlichen Folgen schriftlich zu verständigen sind.

Die Vornahme eines Vergleichsversuches (§ 204) ist für die erste Tagsatzung vorgeschrieben, also im Protokolle zu bemerken; der Vergleich selbst ist nur auf Antrag ins Verhandlungsprotokoll einzutragen, andernfalls ist nur zu bemerken, dass ein Vergleich geschlossen wurde und welche von den Ansprüchen infolge dessen unbestritten geblieben sind (§ 208).

3. Eine weitere Aufgabe der ersten Tagsatzung ist — wie bemerkt — alle eventuell vorhandenen processualen Streitfragen an die Oberfläche zu treiben, um die Möglichkeit zu schaffen, sie in der jeweils zweckmäßigsten Weise, so dass das Meritum dadurch recht wenig gestört wird, zur Erledigung zu bringen (Regierungsmotive, S. 256).

a) Der Antrag auf Sicherheitsleistung für die Processkosten (§ 59) ist — die Ausnahmsfälle des § 58 ausgenommen — bei sonstiger Präclusion in der ersten

Digitized by Google

Tagsatzung und vor Einlassung in die Hauptsache zu stellen und es ist über denselben sogleich bei der ersten Tagsatzung zu verhandeln und zu entscheiden. Die Entscheidung erfolgt mittels mündlich zu verkündenden Beschlusses. Wird dem Antrage stattgegeben, so ist zugleich der Betrag der zu leistenden Sicherheit und die Frist zu bestimmen, binnen welcher dieser Betrag gerichtlich zu erlegen oder die Unfähigkeit zum Erlage eidlich zu bekräftigen ist. In der dem Kläger zuzustellenden schriftlichen Ausfertigung des Beschlusses ist ihm zu eröffnen, dass im Falle fruchtlosen Ablaufes dieser Frist die Klage auf Antrag des Beklagten vom Gerichte für zurückgenommen erklärt würde (§ 60). Wird der Antrag auf Sicherheitsleistung abgewiesen, so kann vom Gerichte die Fortsetzung des Verfahrens angeordnet werden, doch steht dieser Beschluss nach den Motiven dem Senate und nicht dem die erste Tagsatzung leitenden Richter zu (§ 61, Anm. 2). Zu diesem Beschlusse wird wohl außerdem ein Antrag des Klägers nothwendig sein.

b) Um das Erscheinen des Auctors zur ersten Tagsatzung zu ermöglichen, hat der Beklagte sogleich nach Zustellung der Klage einen Schriftsatz einzubringen, welcher dem benannten Auctor und dem Kläger zuzustellen ist (§ 22). Die Erklärung des Auctors hat bei der ersten Tagsatzung zu erfolgen.

Erkennt er das behauptete Verhältnis an, so kann er mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle als Partei in den Rechtsstreit eintreten (§ 23) und der Richter hat den Beklagten auf Antrag gleich bei der Tagsatzung mit Beschluss von der Klage zu entbinden (§ 241). Erscheint der Auctor bei der Tagsatzung nicht, gibt er überhaupt keine Erklärung ab oder bestreitet er die Behauptungen des Beklagten, so ist dies im Protokolle lediglich sicherzustellen (§ 24).

c) Der Kläger kann bei der ersten Tagsatzung den Antrag auf Bewilligung der Aenderung der Klage (§ 235) stellen. Stimmt der Beklagte diesem Antrage zu, so ist dies lediglich im Protokolle zu bemerken und die Klageänderung in dasselbe aufzunehmen oder schriftlich als Anlage demselben beizuschließen. Bestreitet der Beklagte die Zulässigkeit der Klageänderung, so ist darüber sogleich zu verhandeln und mit Beschluss zu entscheiden.

Digitized by Google

d) Bei der ersten Tagsatzung kann von jedem der Streittheile auch die eigene oder gegnerische Processunfähigkeit sowie die mangelnde Vertretungsbefugnis behauptet oder gerügt werden, worüber sofort zu verhandeln und zu entscheiden sein wird. Da die Processunfähigkeit und der Mangel der gesetzlichen Vertretung von amtswegen wahrzunehmen ist (§ 6), kann dieser Mangel auch von amtswegen erörtert werden. Kann der Mangel nicht beseitigt werden, so ist der Beschluss zu verkünden, dass die Klage zurückgewiesen und das Verfahren eingestellt werde. Kann der Mangel beseitigt werden, so sind mittels mündlich zu verkündenden Beschlusses die erforderlichen Aufträge zu erlassen und es ist zur Erfüllung derselben eine angemessene Frist zu bestimmen (§ 6). Dr. Trutters Ansicht (S. 54), dass eine Frist zur Behebung des Mangels nicht gegeben werden könne, steht mit der allgemeinen Vorschrift des § 6 im Widerspruch. Die einstweilige Zulassung eines Bevollmächtigten gemäß § 38 steht nach § 37 Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl., dem mit der Leitung der ersten Tagsatzung betrauten Richter zu.

4. Die Einreden der Streitanhängigkeit (§ 232), der rechtskräftig entschiedenen Streitsache (§ 240), der Unzulässigkeit des Rechtsweges und — bei sonstiger Präclusion, unbeschadet der vom Gerichte von amtswegen zu beachtenden absoluten Unzuständigkeit (§ 104 J. N.) — der Unzuständigkeit des Gerichtes (§ 43 J. N.) sind bei der ersten Tagsatzung bloß anzumelden. Wenn es sich um eine durch Parteiübereinkommen nicht zu beseitigende Unzuständigkeit oder um die Unzulässigkeit des Rechtsweges handelt, kann der Richter von amtswegen über dieselbe verhandeln und entscheiden; es besteht jedoch keine Verpflichtung hiezu. Es wird von dem Richter, welcher der Tagsatzung präsidiert, erwartet und demselben durch die zu erlassenden Instructionen eingeschärft werden, dass er sich hiebei auf die Entscheidung einfacher und völlig klarer Unzuständigkeitsfälle zu beschränken habe. Zeigt sich bereits bei der ersten Tagsatzung klar, dass es vor diesem Gerichte zu einem Processe nicht kommen könne, so klar, dass sich eine neuerliche Nöthigung der Parteien, dieser Fragen wegen vor Gericht zu erscheinen, und eine Nöthigung des Gerichtes, sich nochmals mit dieser Frage zu befassen, schlechtweg nicht rechtfertigen ließe, so ist es dem Richter in die Hand gelegt, Gericht und Parteien vor solch überflüssigem Zeit- und Müheaufwand zu bewahren (Regierungsmotive, S. 256).

Digitized by Google

5. Vor Bezirksgerichten ist die Anordnung einer ersten Tagsatzung nicht vorgeschrieben, aber zulässig (§ 440). Wird gleich die erste Tagsatzung zur Streitverhandlung angeordnet, so ist die Einrede der Unzuständigkeit (§ 441) und das Begehren um Sicherheitsleistung für die Processkosten (§ 59) bei derselben und vor Einlassung in die Verhandlung über die Hauptsache vorzubringen.

§ 240. Die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes muss bei der ersten Tagsatzung angemeldet werden.

Nach Abhaltung der ersten Tagsatzung kann die Unzuständigkeit des Gerichtes nur mehr insoweit berücksichtigt werden, als es sich um eine durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien nicht zu beseitigende Unzuständigkeit handelt.

Die Unzulässigkeit des Rechtsweges, die Streitanhängigkeit und die Rechtskraft eines die Streitsache betreffenden Urtheiles sind jederzeit von amtswegen zu berücksichtigen.

1. Die Permanenzcommission beschloss, den Grundsatz, dass auf die Streitanhängigkeit und Rechtskraft im neuen Processe von amtswegen Rücksicht zu nehmen sei, in den Entwurf aufzunehmen. Es geschah dies durch die entsprechenden Aenderungen der §§ 233, Abs. 1 und 411, Abs. 2. Das Rechtsmittel der Einrede der Streitanhängigkeit oder Rechtskraft bleibt daneben bestehen, gerade so wie die Anführungs- und Beweisbefugnisse der Parteien und die Processleitungsbefugnis des Richters sich gegenseitig ergänzen. Nichtsdestoweniger zog diese Verleihung des Officialcharakters weitere Aenderungen nach sich, namentlich auch deshalb, weil man nunmehr auf die Streitanhängigkeit und Rechtskraft ebenso wie auf die Unzulässigkeit des Rechtsweges oder auf die Processunfähigkeit während des ganzen Verfahrens wird zurückkommen können, und daher die früher für die Einrede der Streitanhängigkeit und Rechtskraft erlassenen Präclusivbestimmungen entfallen müssen (Motive des Herrenhauses, S. 10).

2. Die Unzulässigkeit des Rechtsweges regelt der § 42 J. N., die Streitanhängigkeit der § 232, die Rechtskraft der § 411. Außer Urtheilen sind auch die Zahlungsaufträge im Mandatsverfahren (§ 548), im Wechselverfahren (§ 557), die Zahlungsbefehle im Syndikatsprocesse (§ 19 Ges. v. 12. Juli 1872, Nr. 112 R.-G.-Bl.), im Mahnverfahren (Ges. v. 27. April 1873, Nr. 67 R.-G.-Bl.), ein Schiedsspruch (§ 594), der Endbeschluss im Besitzstörungsverfahren (§ 459) der Rechtskraft fähig und können die Grundlage der Einrede der entschiedenen Streitsache sein. Ausländische Urtheile sind hierzu nur unter der

Digitized by Google

Voraussetzung geeignet, dass sie auf Grund der Bestimmungen der §§ 79, 80, 81 E. O. vollstreckbar sind.

Auf Grund eines gerichtlichen Vergleiches kann die Einwendung der Novation, nicht aber die Einwendung der entschiedenen Streitsache erhoben werden, weil nicht ausgeschlossen ist, dass dergleichen Vergleiche im Sinne der §§ 1380, 1385, 1389 a. b. G.-B. angefochten werden können (E. d. O. G. H. Nr. 13568).

2. Voraussetzung der Einwendung ist die Indentität des Streitgegenstandes (§ 233, Anm. 2) und der Streitparteien. Ausnahmsweise erstreckt sich die Wirkung eines gerichtlichen Erkenntnisses auch auf andere Personen als die Parteien und ihre Rechtsnachfolger.

So das Urtheil, welches in dem Processe über einen bei der Vertheilungstagsatzung im Meistbotsverfahren (§§ 232, 286, 318, 327, 332, 340 E. O.) oder bei der Zwangsverwaltung (§ 128 E. O.) erhobenen Widerspruch erfließt, für und gegen sämmtliche betheiligte Gläubiger und Berechtigte, sowie für und gegen den Verpflichteten; das Urtheil über die Einklagung einer zur Einziehung überwiesenen Forderung für und gegen sämmtliche Gläubiger, zu deren Gunsten die Pfändung der Forderung erfolgt (§ 310 E. O.).

Das Urtheil in Bestandsachen, welches das Bestehen oder die Auflösung eines Bestandvertrages betrifft, ist nach § 568 auch gegen den Afterbestandnehmer wirksam.

Urtheile über die Richtigkeit und Rangordnung bestrittener Ansprüche im Concursverfahren sind nach § 136 C. O. für die Gesammtheit der Gläubiger rechtswirksam, das Urtheil über die Nichtigerklärung eines Zwangsausgleiches im Concurse nach § 242 C. O. für alle am Ausgleiche betheiligten Personen.

Nach den Gesetzen vom 24. April 1874, Nr. 48 und 49 R.-G.-Bl., wirken die durch oder gegen einen gemeinsamen Curator erwirkten Urtheile betreffend die Rechte aus Pfandbriefen und Theilschuldverschreibungen auch für und gegen die Inhaber dieser Papiere.

Für den im Wege des Rückgriffs geltend zu machenden Anspruch der Eisenbahnen unter einander ist die im Entschädigungsprocesse gegen die rückgriffnehmende Bahn ergangene endgiltige Entscheidung hinsichtlich der Verbindlichkeit zum Schadenersatze und der Höhe der Entschädigung maßgebend, sofern den im Rückgriffswege in Anspruch zu nehmenden Bahnen der Streit in gehöriger Form verkündet ist (Art. 50 des internat. Uebereinkommens vom 14. October 1890, Nr. 186 R.-G.-Bl. f. 1892).

Digitized by Google

Die Klagsanmerkung und Streitanmerkung nach §§ 59, 61 a. Grdb. Ges. hat die Wirkung, dass das über die Klage ergehende Urtheil auch gegen diejenigen Personen, welche später das Pfand erworben oder bücherliche Rechte erlangt haben, seine volle Wirksamkeit äußert. Dem richterlichen Ausspruche über den status eines Menschen, insbesondere auch dem status familiae ist die besondere Wirksamkeit beigelegt, dass derselbe nicht weiter bestritten werden soll, auch nicht von solchen, die an dem Rechtsstreite nicht theilgenommen haben.

§ 241. Wenn bei der ersten Tagsatzung infolge der vom benannten Auctor abgegebenen Erklärung eine Einigung der Betheiligten in Ansehung der Uebernahme des Processes durch den Auctor zustande kommt, so hat der Vorsitzende oder der mit der Abhaltung der ersten Tagsatzung beauftragte Richter auf entsprechenden Antrag gleich bei der Tagsatzung den Beklagten durch Beschluss von der Klage zu entbinden. Vergleiche § 23 und § 239 Anm. 3 b.

§ 242. Erfolgt die Erstreckung der ersten Tagsatzung wegen eines Umstandes, der sich dem rechtzeitigen Erscheinen des Beklagten entgegenstellt oder diesen daran hindert, bei der Tagsatzung die Einreden anzumelden und die Anträge zu stellen, zu deren Anbringung die erste Tagsatzung bestimmt ist, so finden die Bestimmungen über die erste Tagsatzung auch auf die erstreckte Tagsatzung Anwendung.

Diese findet gleichfalls vor dem Vorsitzenden des Senates oder vor dem von diesem beauftragten Mitgliede des Senates statt.

Die in die erste Tagsatzung verwiesenen Erhebungen und Einvernehmungen sollen bei dieser Tagsatzung selbst beendet werden. Nur dann wird der Zweck dieser Einrichtung vollständig erreicht. Dessenungeachtet war die Möglichkeit ins Auge zu fassen, dass sich die Aufgaben der ersten Tagsatzung in der hiefür disponiblen, vielleicht nur kurzen Zeit nicht vollständig bewältigen lassen. Hier bleibt kaum anderes als eine Tagsatzungserstreckung übrig; aber selbstverständlich kann die erstreckte Tagsatzung nicht mehr als erste Tagsatzung im Sinne des Gesetzes angesehen werden, das heißt, Anmeldungen und Einwendungen, welche nach dem Gesetze auf die erste Tagsatzung beschränkt sind, können bei der erstreckten Tagsatzung nicht mehr neu angebracht werden. Die erstreckte Tagsatzung hat sich vielmehr nur mit Vollendung dessen zu befassen, was zur gesetzmäßigen Erledigung der Anträge, Einwendungen u. s. w. noch aussteht, welche bei der ersten Tagsatzung vorgebracht wurden. Wenn die Erstreckung der ersten Tagsatzung nach

Digitized by Google

den allgemeinen Grundsätzen stattfinden muss, weil der Beklagte unverschuldet am Erscheinen oder am Vorbringen der bezüglichen Processerklärungen gehindert war, kann die eben dargelegte Rechtsfolge nicht eintreten, da damit der Zweck der Erstreckung selbst vereitelt würde (Regierungsmotive, S. 257). Die Erstreckung der ersten Tagsatzung erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 134, 139. Die ausstehende Erledigung des Gesuches um Ertheilung des Armenrechtes und Bestellung eines Advocaten (§ 73) wird jedoch die Erstreckung der ersten Tagsatzung nicht zur Folge haben (Dr. Pantuček, Právnik 1897, S. 7).

Beantwortung der Klage.

§ 243. Der mit der Abhaltung der ersten Tagsatzung betraute Richter hat, falls sich nach den Ergebnissen dieser Tagsatzung die Anordnung einer Streitverhandlung als nothwendig darstellt, sogleich bei der Tagsatzung dem Beklagten die Beantwortung der Klageschrift durch Beschluss aufzutragen und für die Beantwortung eine den Umständen des einzelnen Falles angemessene, vier Wochen nicht überschreitende Frist zu bestimmen. Gegen diesen Beschluss ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

Die Beantwortung hat mittels vorbereitenden Schriftsatzes zu geschehen. Soferne nicht inzwischen bereits vom Gerichte eine abgesonderte Verhandlung über die vom Beklagten vorgebrachten Einreden der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Unzuständigkeit, der Streitanhängigkeit oder der rechtskräftig entschiedenen Streitsache angeordnet wurde, hat der Beklagte in dem von ihm zu überreichenden Schriftsatze insbesondere auch die zur Begründung dieser Einreden dienenden Umstände anzugeben und die zu deren Bewahrheitung dienenden Beweise zu bezeichnen.

In dem Schriftsatze kann der Beklagte auch einen oder mehrere der in § 229 angeführten Anträge oder den Antrag auf Einleitung eines vorbereitenden Verfahrens vor einem beauftragten Richter stellen.

1. Wenn die erste Tagsatzung die Vergeblichkeit eines Vergleichsversuches ergeben und zugleich Gewissheit darüber verschafft hat, dass der Rechtsstreit nicht durch Versäumungs- Verzicht- oder Geständnisurtheil seine Erledigung findet, steht die Nothwendigkeit einer Streitverhandlung fest (Regierungsmotive, S. 257).

Die Rechtskraft eines die Einwendung der Processunfähigkeit oder der mangelnden Berechtigung der als Vertreter

einschreitenden Person abweisenden Beschlusses ist nicht abzuwarten (§ 524), wenn nicht die Hemmung über Parteiantrag verfügt wird. Wird aber der Antrag auf Sicherheitsleistung für die Processkosten abgewiesen (§ 61), so kann der Beschluss auf Beantwortung der Klageschrift von dem die erste Tagsatzung leitenden Richter nicht gefasst werden, er wird vielmehr, wenn er es angemessen findet, die Rechtskraft seines abweisenden Beschlusses nicht abzuwarten, den Beschluss des Senates sofort einzuholen und sodann in der Tagsatzung mündlich zu verkünden haben.

2. Für Form und Inhalt der Klagebeantwortung als eines vorbereitenden Schriftsatzes sind die allgemeinen Bestimmungen der §§ 75 ff. maßgebend. Werden bei der mündlichen Streitverhandlung Umstände und Beweise vorgebracht, welche in der Klagebeantwortung nicht enthalten waren, so sind dieselben zu berücksichtigen und es dürfte deren Zurückweisung unzulässig erscheinen (§ 179 Anm. 3), wohl aber kann die säumige Partei nach § 44, bei grobem Verschulden auch deren Vertreter nach § 49 zum Kostenersatze verhalten werden.

Der Inhalt der Klagebeantwortung wird durch den Inhalt der Klage, durch die Ergebnisse der ersten Tagsatzung und endlich durch die allgemeinen Vorschriften über den Inhalt vorbereitender Schriftsätze bestimmt. Die bei der ersten Tagsatzung bloß angemeldeten Einreden des unzulässigen Rechtsweges, der Unzuständigkeit, der Litispendenz oder der Rechtskraft sind nunmehr vom Beklagten gemäß § 76 zu substantiieren und durch entsprechende Beweisanbietungen zu unterstützen, falls nicht der Senat in der Zwischenzeit die eine oder andere dieser Einreden oder alle angemeldeten derlei Einreden zur besonderen Verhandlung verwiesen hat (§ 260) (Regierungsmotive, S. 257). Die abgesonderte Verhandlung kann sohin noch vor der Klagebeantwortung vom Senate verfügt werden und es wird sich in diesem Falle empfehlen, wenn der die erste Tagsatzung leitende Richter unter kurzer Unterbrechung der Tagsatzung sofort den diesbezüglichen Beschluss, gegen den kein Rechtsmittel zusteht, einholt und gleichzeitig mit dem Auftrage zur Beantwortung der Klage in der ersten Tagsatzung mündlich verkündet und die Tagsatzung zur Verhandlung über die angemeldeten Einreden bestimmt, wo sodann neben dieser Verhandlung die Frist zur Klagebeantwortung läuft. In der Regel wird aber mit dem Beschlusse bis nach der Klagebeantwortung zu warten sein, weil erst dann feststeht, dass es zu einer Verhandlung zur Hauptsache kommt, weil erst aus der Klagebeantwortung Inhalt und Umfang der Einreden zu erkennen

Digitized by Google

sein wird, und weil möglicherweise bei unterbliebener Klagebeantwortung der Antrag auf Verhandlung über die Einreden (§ 398) gar nicht gestellt wird, diese Verhandlung also ausfällt.

Einleitung der Streitverhandlung.

§ 244. Nach rechtzeitig überreichter Klagebeantwortung hat der Vorsitzende des Senates, dem die Rechtssache zugewiesen ist, wenn die Einleitung eines vorbereitenden Verfahrens beantragt wurde, oder der Vorsitzende die Einleitung eines solchen Verfahrens geboten oder zweckmäßig hält, hierüber die Entscheidung des Senates einzuholen, andernfalls aber die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung anzuberaumen.

Letzteres hat auch dann zu geschehen, wenn der Senat die Einleitung eines vorbereitenden Verfahrens abzulehnen beschließt.

1. Die Klagebeantwortung ist rechtzeitig überreicht, wenn sie innerhalb der hiezu bestimmten oder erstreckten Frist, oder zwar nach Ablauf dieser Frist, aber noch vor dem Tage, an welchem der Antrag des Klägers auf Anordnung der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung wegen nicht erstatteter Klagebeantwortung (§ 398) bei Gericht gestellt wurde, eingebracht worden ist. Denn das Gesetz hat den Eintritt der gesetzlichen Folgen der Versäumung der Klagebeantwortung von diesem Antrag abhängig gemacht (§ 145). [Anderer Meinung von Schuster (S. 413): Die Versäumung der Klagebeantwortung ist perfect, wenn die Frist hiezu nicht eingehalten wurde. Eine Nachholungsfrist gemäß § 145 Abs. 2 gibt es hier nicht. Im Falle verspätet überreichter Klagebeantwortung ist dem Kläger das für ihn bestimmte Exemplar zwar zustellen zu lassen, doch ist wegen Anberaumung der Tagsatzung zur Verhandlung über die Versäumnisfolgen der Antrag des Klägers abzuwarten (S. 252)].

Ist die Klagebeantwortung am selben Tage wie das Contumazbegehren des Klägers oder später eingebracht, so ist sie als verspätet zurückzustellen, andernfalls hat der Vorsitzende dieselbe in formeller Beziehung zu prüfen, ob sie mit der Vollmacht des zum Processbevollmächtigten bestellten Advocaten belegt ist (Rückstellung derselben zum Nachweise dieser Bestellung binnen einer unerstreckbaren Frist nach § 37), ob sie in der erforderlichen Anzahl von Ausfertigungen und Rubriken (§ 80) eingebracht wurde, ob die erforderlichen Urkundenabschriften (§ 77) beiliegen, und ob nicht solche Formmängel vorliegen (§ 75), welche die ordnungsmäßige geschäftliche Behandlung der Klagebeantwortung zu hindern geeignet sind,

Digitized by Google

wozu auch ein bestimmtes Begehren gehört. Die Beseitigung wahrgenommener Formgebrechen hat der Vorsitzende im Sinne des § 85 zu verfügen und hiezu eine unerstreckbare Frist zu bestimmen, widrigens der Schriftsatz nicht als am Tage seines ersten Einlangens überreicht anzusehen ist.

Sodann hat der Vorsitzende die Klagebeantwortung auch bezüglich der Processfähigkeit, der etwa erforderlichen gesetzlichen Vertretung und der besonderen Ermächtigung zur Processführung (§ 6) zu prüfen, beim Senate die zur Behebung solcher Mängel geeigneten Verfügungen oder den Ausspruch der Nichtigkeit des Verfahrens zu beantragen (§ 7) und weiter nach dem Beschlusse des Senates vorzugehen (§ 230 Anm. 4).

2. Werden derartige Mängel nicht wahrgenommen oder sind dieselben beseitigt, so hat der Vorsitzende das ganze bisher eingelangte Processmaterial zu studieren und darüber schlüssig zu werden, ob er beim Senate den Antrag auf Einleitung eines vorbereitenden Verfahrens (§ 245) stellen soll oder nicht. Formell muss der Vorsitzende diese Frage beim Senate zur Sprache bringen, wenn ein diesbezüglicher Parteiantrag vorliegt (Dr. Schreiber, Gerichtszeitung 1895, Nr. 44).

Ist kein solcher Antrag gestellt, findet der Vorsitzende die Frage nicht von amtswegen anzuregen, oder beschließt der Senat unanfechtbar (§ 247), dass ein vorbereitendes Verfahren nicht einzuleiten ist, so hat der Vorsitzende mit der Zustellung der Klagebeantwortung die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung so anzuberaumen, dass den Parteien von Zustellung der Ladung an mindestens eine Frist von acht Tagen zur Vorbereitung bleibt (§ 257). Gleichzeitig hat er die gemäß § 229, 243 oder in einem besonderen Schriftsatze gestellten Anträge zu erledigen und beide Parteien hievon schriftlich zu verständigen. Der Einvernahme des Gegners über den Antrag, eine Urkunde mitzubringen (§ 303), bedarf es nicht.

Vorbereitendes Verfahren.

§ 245. Ein die mündliche Streitverhandlung vorbereitendes Verfahren vor einem beauftragten Richter kann angeordnet werden:

1. in den Rechtsstreitigkeiten, welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Verhältnisse betreffen, in welchen über eine erhebliche Zahl von streitigen Ansprüchen oder Gegenansprüchen und Erinnerungen zu verhandeln ist;

2. wenn das in den vorbereitenden Schriftsätzen enthaltene thatsächliche Vorbringen von solchem Umfange oder von solcher

Digitized by Google

Art ist, dass sich die vorgängige Ordnung und Sichtung desselben behufs Beschleunigung und Vereinfachung der mündlichen Streitverhandlung als geboten darstellt;

3. wenn sich die Parteien zur Bewahrheitung von bestrittenen, aber erheblich scheinenden Thatumständen auf Beweise berufen, welche während der mündlichen Streitverhandlung vor dem Processgerichte nicht aufgenommen werden können, oder deren Aufnahme die mündliche Streitverhandlung voraussichtlich erheblich erschweren oder unverhältnismäßig verzögern würde, insbesondere wenn sich die Parteien auf Zeugen berufen, welche weder am Sitze des Processgerichtes, noch in dessen Nähe wohnen, oder wenn es zur Ermittlung der Wahrheit dienlich scheint, namhaft gemachte Zeugen außerhalb der Verhandlung an Ort und Stelle zu vernehmen.

1. Das vorbereitende Verfahren soll nur angeordnet werden in Ausnahmsfällen, wo das mündliche Verfahren wegen des Umfanges und der Eigenartigkeit des thatsächlichen Processstoffes nicht durchführbar erscheint. Die Einleitung desselben hängt von dem Ermessen des Gerichtes ab, sie kann von amtswegen oder über Antrag einer der Parteien (§ 244) beschlossen werden, steht dem Senate zu (§ 247) und ist der bezügliche Beschluss unanfechtbar. Auch eine theilweise Ueberweisung nach Ansprüchen (§ 188) oder Streitpunkten (§ 189) erscheint zulässig. Es würde dem neuen Verfahren durchaus nicht zum Heile gereichen, wenn von dem vorbereitenden Verfahren, so nützlich es in gewissen Fällen ist, ein übermäßiger oder gar abusiver Gebrauch gemacht würde. Hierunter könnte die Unmittelbarkeit in bedenklicher Weise leiden. Es würde demnach den Zwecken des neuen Verfahrens nicht entsprechen, wollte man den Parteien oder ihren Vertretern gestatten, ohne dass eine innere Nothwendigkeit vorliegt, eine Form des Verfahrens zu wählen, welche in dem concreten Falle vielleicht ganz überflüssig ist. Der Richter hat von amtswegen oder auf Antrag zu entscheiden, ob ein vorbereitendes Verfahren nothwendig ist (Motive des Ausschusses, S. 35). Die zur Processleitung gehörige Befugnis, die Verhandlung über einzelne Ansprüche oder Theile derselben zu trennen, sowie die Streitpunkte zu sondern, wird es dem Gerichte in der Regel ermöglichen, auch einen sehr umfangreichen Processtoff zu beherrschen.

Dennoch werden sich immer Fälle ergeben, in welchen die Trennung der Verhandlung und die Erledigung einzelner Ansprüche durch Theilurtheil nicht erfolgen kann und die Sonderung nach Streitpunkten, sowie sonstige im Bereiche der Processleitung gelegene Vorkehrungen sich als unzureichend

Digitized by Google

erweisen, um einer Verwirrung des Processtoffes vorzubeugen und die Eindrücke einer Verhandlung lebendig zu erhalten, die möglicherweise mehrere Tagsatzungen in Anspruch nimmt (Regierungsmotive, S. 258).

2. Voraussetzung eines vorbereitenden Verfahrens, in welchem das gesammte für die mündliche Verhandlung erhebliche Processmaterial unter Leitung eines einzelnen Richters im Wege unmittelbaren Verkehres zwischen Richter und Parteien gesammelt, festgestellt und geordnet wird (Regierungsmotive, S. 258) ist nach Abs. 1 ein Process über Verhältnisse, deren Feststellung die Erledigung umfangreicher Berechnungen oder einer umfassenden Verbindung von thatsächlichen Einzelnheiten erfordert, s. g. Punktensachen, z. B Bauprocesse, umfängliche Lieferungsprocesse, Auseinandersetzungen mit Pächtern, Nutznießern, Miteigenthümern, Miterben, Gesellschaftern u. s. w., wenn sich eine erhebliche Anzahl von streitigen Ansprüchen oder Gegenansprüchen und Erinnerungen ergibt.

3. Voraussetzung eines vorbereitenden Verfahrens, in welchem ein Einzelnrichter das vollständige Sachverhältnis entweder durch Einvernehmung der Parteien oder durch mündliche Verhandlung mit denselben (§ 251) festzustellen hat, ist, dass Umfang und Art des thatsächlichen Vorbringens, die zur Begründung des Anspruches oder der Einwendungen angeführten Thatsachen, die vorgängige Sichtung und Ordnung des Processtoffes geradezu als geboten darstellen (Motive des Herrenhauses, S. 11). Man denke z. B. an Schadenersatzklagen wegen verspäteter Erfüllung eines Kaufvertrages, wegen Lieferung einer unbrauchbaren Maschine, wegen Eingriffes in ein Individualrecht u. s. w. Beide Theile müssen da möglicher Weise zur Begründung oder Abwehr des Ersatzanspruches zahlreiche, complicierte Thatsachen anführen, über deren gegenseitiges Verhältnis, juristische Bedeutung und Erheblichkeit — vom Beweise ganz abgesehen — sich in einer Tagsatzung mit bestem Willen nicht ins klare kommen lässt. Aehnlich kann sich der Verhandlungsstoff infolge Einwendung der Compensation häufen, oder durch Geltendmachung von Retentionsrechten u. s. f. (Regierungsmotive, S. 258).

4. Eine dritte Art des vorbereitenden Verfahrens ist die vorbereitende Beweisaufnahme (Al. 3). Statt es darauf ankommen zu lassen, ob das erkennende Gericht die Beweisaufnahme seinerzeit anordnen werde, sollen die fraglichen Beweise schon zu einer Zeit aufgenommen werden, wo dies noch ohne jede Benachtheiligung der Concentration und Einheit der Verhandlung geschehen kann, also noch vor Beginn der münd-

Digitized by Google

lichen Verhandlung, anticipativ, wie etwa heute die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse.

Zwischen der Beweisanordnung des erkennenden Gerichtes und solcher Beweisaufnahme vor Beginn der mündlichen Verhandlung besteht nun allerdings ein wesentlicher Unterschied. Das erkennende Gericht wird die Beweisaufnahme nur anordnen über Thatsachen, welche es auf Grund der Verhandlung für relevant findet, die Beweisaufnahme im vorbereitenden Verfahren hingegen kann sich nur daran halten, ob die Thatsachen nach den vorbereitenden Schriftsätzen (oder im Laufe der mündlichen Verhandlung) „erheblich erscheinen“. Im Durchschnitte werden viel mehr Umstände bei dieser vorläufigen Beurtheilung erheblich erscheinen, als das erkennende Gericht erheblich erachten dürfte und umgekehrt wird sich bei anderen Umständen die Erheblichkeit erst im Laufe der Verhandlung offenbaren. Es werden daher im vorbereitenden Verfahren manchmal Beweise aufgenommen werden, die dann später nicht zur Anwendung gelangen (Regierungsmotive, S. 260).

Die Gefahr, dass dieses vorbereitende Verfahren allmählich die mündliche Verhandlung consumiere, dürfte vollständig beschworen sein, wenn, wie es nun geregelt ist, in solchen Fällen nicht das ganze Sachverhältnis ermittelt und die gesammte Beweisaufnahme vorbereitet wird, sondern bloß die Aufnahme der bestimmten Beweise erfolgen darf, für die sich die mündliche Verhandlung nicht eignet, und wenn eine Erörterung des Sachverhaltes nur insoweit stattfindet, als der Richter den Sachverhalt zur zweckentsprechenden Leitung und Durchführung der übertragenen Beweisaufnahmen kennen muss, eine summarische Ermittlung des wichtigsten auf den Beweis bezüglichen Sachverhaltes, die der mündlichen Verhandlung in keiner Weise vorgreift (Motive des Herrenhauses, S. 11).

Dieselben Gründe, welche die Einleitung einer vorbereitenden Beweisaufnahme zulässig erscheinen lassen, rechtfertigen nach §§ 328, 367 auch die Aufnahme des Beweises durch einen ersuchten oder beauftragten Richter. Außerdem ist auch die Sicherung solcher Beweise gemäß § 384 in jeder Lage des Rechtsstreites und selbst noch vor dem Beginne desselben zulässig.

Wo diese Behelfe ausreichen, was in den meisten Fällen zutreffen wird, dürfte von der Einleitung eines vorbereitenden Verfahrens Umgang zu nehmen sein, um unnöthigen Beweisaufnahmen und den mit denselben verbundenen Kosten vorzubeugen. Insbesondere wird eine amtswegige Einleitung der

Digitized by Google

vorbereitenden Beweisaufnahme möglichst zu vermeiden sein, da es ja den Parteien freisteht, eine Sicherung der Beweise zu beantragen, wo sodann statt derselben noch immer das vorbereitende Verfahren eingeleitet werden kann.

5. Im Verfahren vor Bezirksgerichten finden die Bestimmungen über das vorbereitende Verfahren keine Anwendung. Nur kann in Rechtsstreitigkeiten der im § 245, Z. 1, bezeichneten Art den durch Advocaten vertretenen Parteien der Wechsel vorbereitender Schriftsätze aufgetragen, andernfalls deren Einvernahme angeordnet werden (§ 440).

§ 246. Die Einleitung eines vorbereitenden Verfahrens kann vom Senate auf Antrag des Klägers selbst nach Anberaumung der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung angeordnet werden, wenn dieser Antrag innerhalb einer Woche nach Zustellung der Klagebeantwortung angebracht wird.

Ergibt sich die Nothwendigkeit der im § 245, Z. 3 angeführten Beweisaufnahmen erst während der mündlichen Streitverhandlung, so kann der Senat jederzeit nach Anhörung der Parteien den Rechtsstreit oder einen oder mehrere selbständige Streitpunkte zu vorbereitendem Verfahren vor einen beauftragten Richter verweisen, falls diese Maßregel zur Erleichterung der Sachverhaltsfeststellung oder zur Beschleunigung der Processerledigung geeignet erscheint und dadurch voraussichtlich auch der Kostenaufwand keine Steigerung erfährt.

1. Das vorbereitende Verfahren im Sinne der Ziffern 1 und 2 des vorhergehenden Paragraphen kann nach Beginn der mündlichen Verhandlung nicht mehr eingeleitet werden. Ueber die Einleitung ist auf Grund des Inhaltes der vorbereitenden Schriftsätze zu entscheiden — vor Anberaumung der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung oder doch vor Abhaltung derselben — (Regierungsmotive, S. 260). Falls der Vorsitzende nicht von amtswegen den diesbezüglichen Beschluss des Senates einzuholen findet, hat der Senat über Antrag eines oder beider Streittheile darüber auf Grund der vorliegenden Schriftsätze zu entscheiden. Der Kläger ist zu diesem Antrage in der Klage und in einem besonderen Schriftsatze bis nach Ablauf einer Woche nach Zustellung der Klagebeantwortung, der Geklagte nur in der Klagebeantwortung berechtigt.

2. Ueber die vorbereitende Beweisaufnahme ist regelmäßig gleichfalls sofort nach dem Einlangen der Klagebeantwortung zu entscheiden. Sie kann aber auch später angeordnet werden, wenn die Parteien in der Zeit zwischen Anberaumung und Beginn der Streitverhandlung durch besonderen vorbereitenden

Digitized by Google

Schriftsatz Beweise ankündigen, bezüglich deren Aufnahme die Vorschriften des § 245, Z. 3, zutreffen (§ 258) oder wenn sich die Nothwendigkeit einer solchen Beweisaufnahme erst während der mündlichen Streitverhandlung ergibt. In diesem Falle tritt aber zu den Voraussetzungen des § 245, Z. 3 noch die weitere Bedingung des Schlussatzes des § 246.

§ 247. Ueber die Einleitung eines vorbereitenden Verfahrens entscheidet der Senat mit Ausnahme des in § 246, Abs. 2, angegebenen Falles, ohne vorhergehende mündliche Verhandlung. Der Senat kann jedoch stets vor der Entscheidung alle zu seiner Aufklärung erforderlichen Erhebungen pflegen. Die Beschlüsse, durch welche ein vorbereitendes Verfahren angeordnet oder der Antrag auf Einleitung eines solchen abgewiesen wird, können durch Recurs nicht angefochten werden.

In dem Beschlusse, durch welchen ein vorbereitendes Verfahren angeordnet wird, ist zugleich der beauftragte Richter zu bezeichnen, vor welchem dieses Verfahren stattfinden soll. Wird derselbe verhindert, den Auftrag zu vollziehen, so hat der Vorsteher des Gerichtshofes ein anderes Mitglied des Gerichtes zur Durchführung des vorbereitenden Verfahrens zu bestellen.

1. Die Einleitung des vorbereitenden Verfahrens kann nur von dem Senate beschlossen werden. Die Ergänzung eines solchen kann auch der Vorsitzende anordnen (§ 256). Der Beschluss ist unanfechtbar, mag das vorbereitende Verfahren eingeleitet oder ein diesbezüglicher Antrag abgewiesen werden.

Nur wenn der Beschluss in der mündlichen Verhandlung selbst erfolgt, ist nach § 246 mit den Parteien über den Antrag oder die Absicht, ein vorbereitendes Verfahren einzuleiten, zu verhandeln.

Andernfalls hat eine mündliche Verhandlung zu unterbleiben, es steht jedoch dem Senate frei, die für nothwendig erachteten Erhebungen auch durch Einvernahme einer oder beider Parteien zu verfügen.

2. Das vorbereitende Verfahren kann nur einem beauftragten, nicht einem ersuchten Richter übertragen werden. Wenn möglich, ist hiezu ein Mitglied des Senates zu bestimmen. Die Geschäfte des beauftragten Richters dürfen Auscultanten nicht übertragen werden (§ 3, Ges. v. 27. Nov. 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.). In dem Beschlusse wird genau anzugeben sein, ob das vorbereitende Verfahren gemäß Ziffer 1, 2 oder 3 eingeleitet werde, und in letzterem Falle, welche Beweise aufzunehmen sind (§ 253). Ist der Beschluss in der mündlichen Verhandlung verkündet worden, so entfällt dessen schriftliche Ausfertigung (§ 426).

Digitized by Google

§ 248. Die Tagsatzung für das vorbereitende Verfahren und, falls eine Erstreckung stattfindet, jede weitere Tagsatzung wird von dem beauftragten Richter bestimmt und den Parteien oder deren Vertretern bekanntgegeben.

Die Parteien müssen auch in dem Verfahren vor dem beauftragten Richter durch Advocaten vertreten sein.

Bei der Anordnung der Tagsatzung ist der beauftragte Richter an eine Ladefrist (§ 257) nicht gebunden. Er hat den Abschluss des Verfahrens thunlichst zu beschleunigen (§ 256) und wird sich davor zu hüten haben, die Tagsatzung zur Fortsetzung der Verhandlung auf Wochen hinaus anzuordnen, da ihm hiedurch die Frische der Eindrücke und der geordnete Gang der Verhandlung gestört würde. Die Parteien sind zur Verhandlung zu laden (§ 131) und es ist die Ladung gemäß § 93 den Processbevollmächtigten zuzustellen, weil beide Parteien bereits Processbevollmächtigte bestellt haben müssen. Eine Belehrung über die Folgen des Ausbleibens oder des Erscheinens ohne Advocaten ist nicht vorgeschrieben.

Es wird sich empfehlen, im Falle der mündlichen Verkündigung des Beschlusses auf Einleitung des vorbereitenden Verfahrens sofort von dem anwesenden beauftragten Richter die Tagsatzung zum vorbereitenden Verfahren anordnen zu lassen, um die schriftliche Ladung zu ersparen.

Bei der Erstreckung einer Tagsatzung wird ohnedem im Regelfalle die neue Tagsatzung sofort anzuordnen und dies zu verkündigen sein.

Betreffs der Erstreckung der Tagsatzung gelten die allgemeinen Vorschriften (§ 134), doch ist nach § 254 die Tagsatzung auch dann zu erstrecken, wenn ein Theil nicht erscheint.

§ 249. Der beauftragte Richter hat im vorbereitenden Verfahren alle in den §§ 180 bis 185 angeführten Befugnisse und Obliegenheiten des Vorsitzenden. Er kann die im vorbereitenden Verfahren zulässigen Beweisaufnahmen anordnen und entweder selbst ausführen oder durch einen ersuchten Richter ausführen lassen. Bei einer Beweisaufnahme kommen ihm insbesondere auch die Befugnisse zu, welche im Verfahren vor Gerichtshöfen bei einer vor dem erkennenden Gerichte stattfindenden Beweisaufnahme vom Vorsitzenden geübt werden. Desgleichen hat der beauftragte Richter in Ansehung der von einem ersuchten Richter eingesendeten Beweisaufnahmeacten die Obliegenheiten des Vorsitzenden auszuüben.

Die eidliche Vernehmung der Parteien kann im vorbereitenden Verfahren nicht erfolgen.

Digitized by Google

Es wurde schon erwähnt, dass das vorbereitende Verfahren seinem Wesen nach Anticipation von Acten der materiellen Processleitung sei. Daraus ergibt sich die Bestimmung des § 249, dass der beauftragte Richter, welcher das vorbereitende Verfahren leitet, in demselben die Processbefugnisse und Obliegenheiten eines Vorsitzenden des erkennenden Gerichtes hat (Regierungsmotive, S. 261).

Es stehen ihm sohin neben den processleitenden Functionen der §§ 180—185 und der §§ 288—291, 286 insbesondere auch gemäß § 203 die die Sitzungspolizei betreffenden Befugnisse der §§ 197—202, diese aber auch dann zu, wenn sie bei Verhandlungen vor dem Gerichtshofe dem Senate vorbehalten sind, wobei aber zu bemerken ist, dass die Verhandlung im vorbereitenden Verfahren nicht öffentlich stattfindet (§ 171).

Was insbesondere die Beweisaufnahme durch einen ersuchten Richter (Bezirksgericht) betrifft, so gilt auch im vorbereitenden Verfahren die Regel, dass der dasselbe leitende Richter die Beweise selbst aufzunehmen hat, wenn nicht die Vernehmung der Zeugen oder Sachverständigen einen unverhältnismäßig großen Aufwand verursachen würde (§ 328) oder sonst die Verhandlung der Sache erleichtert wird (§ 36 J. N.). Die einstweilige Zulassung eines Bevollmächtigten gemäß § 38 steht dem beauftragten Richter zu (§ 37, Ges. v. 27. Nov. 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.).

§ 250. Wenn einer der im § 245, Z 1, erwähnten Processe zu vorbereitendem Verfahren verwiesen wurde, so ist in diesem Verfahren über die einzelnen von den Parteien geltend gemachten Ansprüche und Gegenansprüche, Angriffs- und Vertheidigungsmittel, Erinnerungen und Erläuterungen in der vom beauftragten Richter zu bestimmenden Reihenfolge abgesondert mündlich zu verhandeln. Auf Grund dieser Verhandlung ist zu Protokoll festzustellen:

1. welche Ansprüche und Gegenansprüche erhoben und welche Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend gemacht werden;

2. welche von diesen Ansprüchen, Gegenansprüchen, Angriffs- und Vertheidigungsmitteln streitig und welche unbestritten sind;

3. in Ansehung der bestrittenen ist das vollständige Sachverhältnis, wie es sich aus dem Vorbringen der Parteien ergibt, darzustellen, unter Angabe der von den Parteien bezeichneten Beweismittel, der geltend gemachten Beweiseinreden und der abgegebenen Erklärungen über Beweismittel und Beweiseinreden.

Digitized by Google

Der beauftragte Richter hat zugleich dafür zu sorgen, dass die Urkunden, auf welche sich die Parteien für bestrittene Behauptungen bezogen haben und welche nach den Ergebnissen der Verhandlung zur Beweisführung dienlich scheinen, von den Parteien vorgelegt werden; nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes hat er diese Urkunden herbeizuschaffen. Gleiches gilt in Ansehung der zur Beweisführung dienlichen Auskunftssachen und der zu besichtigenden Augenscheinsgegenstände, welche vor Gericht gebracht werden können. Eine Aufnahme von Beweisen hat im vorbereitenden Verfahren nur dann stattzufinden, wenn hinsichtlich dieser Beweise einer der im § 245, Z. 3 angeführten Umstände zutrifft oder die Aufnahme des Beweises zum Zwecke der Sicherung des Beweises nothwendig ist.

1. In den sogenannten Punktensachen (§ 245, Anm. 2) ist die Verhandlung mit beiden Parteien vollständig mündlich durchzuführen und zu protokollieren und für die Ordnung des Verhandlungsstoffes nach einzelnen Punkten zu sorgen. Auch die Einreden der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Unzuständigkeit, Streitanhängigkeit und entschiedenen Streitsache sind in die Verhandlung einzubeziehen (§ 252) oder von amtswegen diesbezüglich aufgestoßene Bedenken mit den Parteien zu erörtern, falls nicht eine abgesonderte Verhandlung vom Senate angeordnet worden ist.

Die Protokollierung kann und soll durch Bezugnahme auf die vorliegenden Schriftsätze so weit thunlich erleichtert werden (§ 252) und es hat die Protokollierung des Sachverhaltes betreffs anerkannter Ansprüche zu unterbleiben, indem sich lediglich mit der Fixierung der Anerkennung zu begnügen ist.

Außerdem gelten für die Protokolle gemäß § 216 die sämmtlichen allgemeinen Vorschriften der §§ 207—215.

2. Dem das vorbereitende Verfahren leitenden Richter stehen alle im § 183 aufgezählten Befugnisse zu. Er kann daher die Parteien zum persönlichen Erscheinen auffordern (§ 183, Anm. 1).

Er kann aber — sofern es sich nicht um solche Beweisaufnahmen handelt, welche nach dem Schlussatze im vorbereitenden Verfahren zulässig sind — keinen Augenschein anordnen, keine Zeugen und Sachverständigen vorladen, weil die bezügliche Befugnis des Vorsitzenden nur eine präparatorische ist und der Beweisbeschluss nur dem Senate zusteht (§ 183, Anm. 7).

Betreffs der Urkunden, Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände (wohl auch Pläne, Risse, Stammbäume, Zeichnungen

Digitized by Google

und Zusammenstellungen) hat er jedoch eine weitergehende Verpflichtung als der Vorsitzende. Er muss nämlich für ihre Herbeischaffung sorgen, sofern sie zur Beweisführung dienlich scheinen, was allerdings an die weitere Bedingung geknüpft ist, dass die Urkunden, Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände in den Händen der Parteien, einer Behörde oder eines Notars (§ 229) sich befinden und dass sich nicht beide Parteien gegen die Vorlage der Urkunde erklären. Kommt die Partei dem Auftrage des das vorbereitende Verfahren leitenden Richters auf Vorlage von Urkunden nicht nach, so können dieselben in der mündlichen Verhandlung im Falle gegnerischen Einspruches nicht mehr geltend gemacht werden (§ 263).

Eine Beweisaufnahme hat nur ausnahmsweise stattzufinden. Entweder zur Sicherung des Beweises nach Vorschrift der §§ 384 ff., oder wenn die Bedingungen der Einleitung einer vorbereitenden Beweisaufnahme vorliegen (§ 245, Z. 3). Es wird vorsichtig sein, wenn sich der mit dem vorbereitenden Verfahren betraute Richter vor der Anordnung einer solchen Beweisaufnahme mit dem Vorsitzenden des Senates ins Einvernehmen setzt, um unnöthige Beweisaufnahmen möglichst zu vermeiden. Anträge auf Aufnahme von Beweisen oder Herbeischaffung von Urkunden u. s. w., denen der beauftragte Richter nicht stattgeben will, hat er durch Beschluss zurückzuweisen, weil die Partei dieselben in der mündlichen Verhandlung vor dem Processgerichte erneuern kann (§ 255).

§ 251. Wenn ein Rechtsstreit wegen der Beschaffenheit des thatsächlichen Vorbringens zu vorbereitendem Verfahren verwiesen wird (§ 245, Z. 2), hat der beauftragte Richter durch Einvernehmung der Parteien oder im Wege der mündlichen Verhandlung mit denselben in Ansehung aller nach dem Inhalte der vorbereitenden Schriftsätze bestrittenen Ansprüche, Angriffs- und Vertheidigungsmittel das vollständige Sachverhältnis zu ermitteln und dasselbe unter Anführung der Beweismittel, der geltend gemachten Beweiseinreden und der über Beweismittel und Beweiseinreden von den Parteien abgegebenen Erklärungen zu Protokoll festzustellen. Außerdem hat der beauftragte Richter das Beweisverfahren vor dem erkennenden Gerichte im Sinne der Bestimmungen des § 250, letzter Absatz, vorzubereiten.

Die Fälle eines vorbereitenden Verfahrens wegen großen Umfanges des thatsächlichen Vorbringens unterscheiden sich von den im § 250 geregelten Punktensachen nur dadurch, dass es dem Verhandlungsrichter freigestellt wird, ob er das vollständige Sachverhältnis im Wege der Verhandlung mit beiden Parteien oder durch Einvernehmung jeder Partei für sich er-

Digitized by Google

mitteln will. Es sind wohl im § 251 die Gegenansprüche nicht besonders angeführt, wie dies im § 250 der Fall ist. Dennoch wird sich die Sachverhaltsfeststellung auch auf strittige Gegenansprüche zu erstrecken haben, weil diese zu den Vertheidigungsmitteln zu rechnen sind (Anderer Meinung von Schuster, S. 407).

§ 252. Ueber die in den vorbereitenden Schriftsätzen geltend gemachten Ansprüche und Gegenansprüche darf im vorbereitenden Verfahren nicht hinausgegangen werden; jedoch können die Parteien vor dem beauftragten Richter zur Begründung und Bekämpfung dieser Ansprüche auch solche thatsächliche Behauptungen vorbringen und Beweise anbieten, welche in den vorbereitenden Schriftsätzen noch nicht angeführt waren.

Die Ermittlungen, protokollarischen Feststellungen und Beweisaufnahmen des vorbereitenden Verfahrens haben sich auch auf die zur Begründung der Einreden der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Unzuständigkeit des Gerichtes, der Streitanhängigkeit und der rechtskräftig entschiedenen Streitsache vorgebrachten Umstände zu erstrecken, falls nicht über diese Einreden vom Gerichte eine besondere Verhandlung angeordnet wurde.

Soweit zu Protokoll festzustellende Behauptungen, Erklärungen und Beweisanbietungen einer Partei in einem bei Gericht überreichten, dem beauftragten Richter vorliegenden Schriftsatze enthalten sind, ist die Protokollierung durch Bezugnahme auf den Schriftsatz zu ersetzen.

Wird bei einer Tagsatzung des vorbereitenden Verfahrens ein Anspruch vom Gegner anerkannt, so ist von einer protokollarischen Feststellung des Inhaltes der etwa vorangegangenen, den zugestandenen Anspruch betreffenden Verhandlung abzusehen.

Der beauftragte Richter ist in der Sammlung des Stoffes nahezu unbeschränkt; die einzige Schranke wird ihm dadurch gesetzt, dass über die in den vorbereitenden Schriftsätzen erhobenen Ansprüche und Gegenansprüche nicht hinausgegangen werden darf, auch wenn es sich um eine Klageänderung handelt. Nachdem jedoch eine Klageänderung mit Zustimmung des Gegners (§ 235) auch nach durchgeführtem vorbereitenden Verfahren zulässig ist (§ 263) und in diesem Falle das vorbereitende Verfahren leicht unvollständig bleiben könnte, wenn die Klageänderung nicht berücksichtigt würde, wird es wohl zulässig sein, dass die Parteien eine solche einverständliche Klageänderung mittels besonderen Schriftsatzes zur Kenntnis des Gerichtes bringen, damit der Senat die Einleitung des vorbereitenden Verfahrens über die geänderte Klage beschließen kann.

Digitized by Google

§ 253. Wenn ein vorbereitendes Verfahren zum Behufe der Aufnahme von Beweisen angeordnet wird (§ 245, Z. 3), hat der beauftragte Richter vorerst durch Einvernehmung der Parteien das Sachverhältnis insoweit zu ermitteln, als die Kenntnis desselben nothwendig ist, um die ihm übertragenen Beweisaufnahmen leiten und so vollständig durchführen zu können, wie es der Zweck der Erleichterung und Beförderung der wahrheitsmäßigen Sachverhaltsfeststellung in der mündlichen Streitverhandlung im einzelnen Falle verlangt. Das Ergebnis dieser Einvernehmung ist zu Protokoll festzustellen (§ 252, Absatz 3). Die Beweisaufnahmen des beauftragten Richters haben sich auf diejenigen Beweise zu beschränken, wegen welcher die Rechtssache zu vorbereitendem Verfahren verwiesen wurde.

1. Die Stellung des Richters bei einer vorbereitenden Beweisaufnahme ist wesentlich die des beauftragten oder ersuchten Richters bei der Beweisaufnahme überhaupt.

Dem ersuchten Richter ist nach § 277 der Sachverhalt insoweit mitzutheilen, als dessen Kenntnis zur Durchführung der Beweisaufnahme nothwendig ist.

In diesen Grenzen wird sich daher auch der mit der vorbereitenden Beweisaufnahme betraute Richter bei der Ermittlung des Sachverhaltes zu halten und sich auf eine summarische Ermittlung desselben, wie er sie für den Beweisbeschluss nothwendig halten würde, zu beschränken haben (§ 245, Anm. 4).

2. Die vorbereitende Beweisaufnahme ist auf diejenigen Beweise beschränkt, wegen welcher die Rechtssache zum vorbereitenden Verfahren verwiesen wurde. Eine Ausdehnung auf andere Beweise, welche die Einleitung eines vorbereitenden Verfahrens rechtfertigen würden, ist ausgeschlossen. Verzichten die Parteien auf die Beweisaufnahme oder werden die zu beweisenden Umstände bei der Sachverhaltsermittlung vor dem beauftragten Richter zugestanden, so entfällt die Aufnahme des Beweises. Erscheinen dieselben nach der Sachverhaltsermittlung nicht erheblich, so wird der beauftragte Richter den Vorsitzenden zum Zwecke des Widerrufes des vorbereitenden Verfahrens durch den Senat zu verständigen haben.

§ 254. Wenn ein Theil bei einer, nicht bloß zur Beweisaufnahme bestimmten, Tagsatzung vor dem beauftragten Richter nicht erscheint, ist das Vorbringen der erschienenen Partei nach Maßgabe der für das vorbereitende Verfahren im einzelnen Falle geltenden Vorschriften zu Protokoll festzustellen und eine neue Tagsatzung anzuberaumen. Zu dieser Tagsatzung ist die bei der früheren Tagsatzung nicht erschienene Partei, und zwar auf

Digitized by Google

Antrag ihres Gegners unter Mittheilung einer Abschrift des Protokolls und unter Ankündigung der mit ihrem abermaligen Nichterscheinen verbundenen Folgen zu laden.

Wenn die Partei auch bei der neuerlichen Tagsatzung nicht erscheint, so sind die in der zugestellten Protokollsabschrift enthaltenen thatsächlichen Behauptungen der erschienenen Partei für wahr zu halten und es können die von der nicht erschienenen Partei über angebotene oder vorgelegte Beweismittel abzugebenden Erklärungen nicht mehr nachgeholt werden.

1. Nach § 289 ist mit der Beweisaufnahme vorzugehen, wenn auch keine der Processparteien zur Tagsatzung erschienen ist. Dieser Grundsatz gilt auch für Beweisaufnahmen im vorbereitenden Verfahren, mag dasselbe nur zur Beweisaufnahme (§ 250, Z. 3) eingeleitet worden sein, oder mag eine Beweisaufnahme in den Fällen des § 250, Z. 1 oder 2 durchgeführt werden. Doch steht es dem beauftragten Richter nach § 289 auch im vorbereitenden Verfahren frei, so lange die Beweisaufnahme noch nicht beendet ist, eine Ergänzung derselben zuzulassen, wenn die säumige Partei glaubhaft macht, dass ihr durch ein unvorhergesehenes Ereignis verursachtes Nichterscheinen eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme zur Folge hatte, und wenn zugleich die Ergänzung der Beweisaufnahme ohne erhebliche Verzögerung des Rechtsstreites stattfinden kann.

Dieselbe Befugnis steht auch dem Senate zu. Außerdem kann der Vorsitzende oder auf dessen Antrag der Senat aus diesen oder anderen Gründen (§ 344) nach § 256 eine Ergänzung der Beweisaufnahme anordnen und es kann nach § 264 vom Senate die neuerliche Einvernahme von im vorbereitenden Verfahren bereits einvernommenen Zeugen oder Sachverständigen zur Vervollständigung der Beweisaufnahme oder zur wahrheitsmäßigen Feststellung des Sachverhaltes beschlossen werden.

2. Das Gesetz erklärt die allgemein mit der Versäumung einer Processhandlung verknüpfte Folge, den Ausschluss des versäumten Vorbringens, auch für das vorbereitende Verfahren und im Verhältnisse desselben zur mündlichen Verhandlung giltig (§ 263), lässt dagegen die Rechtsfolge der Annahme eines Geständnisses, wonach die Behauptungen der erschienenen Partei als wahr zu behandeln sind (Motive des Herrenhauses, S. 11), nur dann eintreten, wenn der ausgebliebenen Partei das Vorbringen ihres Gegners, worauf sie zu antworten gehabt hätte, mittels Zustellung der bezüglichen Protokollabschrift bekannt gegeben wurde (§ 254, Abs. 2). Auf diese Weise ist es in die Hand des Gerichtes und der betriebsamen Partei gelegt, dem vorbe-

Digitized by Google

reitenden Verfahren trotz der gegnerischen Passivität zu festen Ergebnissen zu verhelfen und der Entscheidung des Rechtsstreites tüchtig vorzubauen. Dem Gerichte, indem es die Partei in geeigneter Form zur Erklärung über gegnerische Behauptungen, angebotene oder vorgelegte Beweise auffordert (§ 263, Abs. 1), der fleißigen Partei aber auf zweifache Weise. Zunächst zur Herbeiführung der Geständnisfolge, wenn sie z. B. selbst soweit verhandelt hat, dass das Verfahren in Ansehung eines oder mehrerer Punkte geschlossen werden könnte, und sich nicht damit begnügen will, dass ein weiteres Vorbringen des Gegners ausgeschlossen sei. Und dann kann überdies die betriebsame Partei durch den im § 263, Abs. 2 bezeichneten Einspruch ein muthwilliges Zurückgreifen des Gegners auf die im vorbereitenden Verfahren erörterten Ansprüche, Behauptungen und Beweise hindern (Regierungsmotive, S. 261).

3. Es ist sohin zu unterscheiden zwischen den Rechtsfolgen der unterlassenen Erklärung über Thatsachen, angebotene oder vorgelegte Beweise und den Rechtsfolgen des Ausbleibens oder der unterlassenen Geltendmachung neuer Behauptungen, Beweismittel und Beweiseinreden (§ 263).

Erstere treten ein, wenn die erschienene Partei trotz Aufforderung des Richters die Erklärung unterlässt oder verweigert, oder wenn die ausgebliebene Partei zur neuerlichen Tagsatzung ohne Mittheilung einer Protokollabschrift, jedoch unter Androhung der Rechtsfolgen geladen wurde und abermals ausbleibt. Die Rechtsfolge besteht in der Ausschließung der versäumten Erklärungen, welche selbst unter den Voraussetzungen des § 263, Abs. 2 nicht mehr nachgeholt werden können.

Bleibt die Partei von einer Tagsatzung aus, zu welcher sie unter Mittheilung einer Abschrift des in einer von ihr versäumten Tagsatzung aufgenommenen Protokolles und unter Belehrung über die Rechtsfolgen ihres neuerlichen Ausbleibens geladen worden ist, so sind die in dem Protokolle enthaltenen thatsächlichen Behauptungen der erschienenen Partei für wahr zu halten.

Bleibt endlich eine Partei von der neuerlichen Tagsatzung aus, zu welcher sie ohne Mittheilung einer Abschrift des Protokolles, jedoch unter Belehrung über die Rechtsfolgen ihres neuerlichen Ausbleibens geladen worden ist, oder unterlässt es die erschienene Partei, ihre Ansprüche, Behauptungen, Beweismittel und Beweiseinreden über die im vorbereitenden Verfahren erörterten Theile des Rechtsstreites vorzubringen, so können

Digitized by Google

dieselben im Falle gegnerischen Einspruches in der mündlichen Verhandlung nicht mehr nachgetragen werden, es wäre denn, dass die Partei glaubhaft macht, dass sie von denselben zur Zeit des vorbereitenden Verfahrens keine Kenntnis hatte (§ 263).

4. Das Nichterscheinen beider Parteien zur Verhandlungstagsatzung im vorbereitenden Verfahren hat nach § 170 das Ruhen des Verfahrens zur Folge. Um demselben vorzubeugen wird daher jene Partei, welche dem Gegner die Abschrift des Protokolles über die von diesem versäumte Tagsatzung unter Androhung der Versäumnisfolgen zustellen lässt, zur nächsten Tagsatzung zu erscheinen haben und sich nicht damit beruhigen dürfen, dass im Falle des Erscheinens des Gegners dessen Anführungen wieder ihr in Abschrift zugestellt werden müssen; denn wenn eben der Gegner nicht erscheint oder nicht verhandelt, tritt bei ihrem Ausbleiben Ruhen des Verfahrens ein.

§ 255. Gegen die von dem beauftragten Richter während des vorbereitenden Verfahrens erlassenen Anordnungen und Beschlüsse, deren Anfechtung im Wege eines besonderen Rechtsmittels nach den Bestimmungen dieses Gesetzes zulässig erscheint, kann beim Vorsitzenden des Senates, welchem die Rechtssache zugewiesen ist, Abhilfe gesucht werden. Der bezügliche Antrag kann mündlich angebracht werden. Vor der Entscheidung ist dem beauftragten Richter Gelegenheit zur Aeußerung zu geben; auch können andere Erhebungen früher eingeleitet werden.

Desgleichen hat der Vorsitzende auf Anzeige einer der Parteien oder von amtswegen die Abstellung etwaiger Verzögerungen in der Erledigung des vorbereitenden Verfahrens zu verfügen.

Gegen die Entscheidung des Vorsitzenden ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.

Von dem beauftragten Richter zurückgewiesene Anträge auf Aufnahme von Beweisen oder Herbeischaffung von Urkunden, Auskunftssachen, Augenscheinsgegenständen können in der Verhandlung vor dem Processgerichte erneuert werden.

Welche Anordnungen und Beschlüsse des beauftragten Richters im Wege eines besonderen Rechtsmittels angefochten werden könnten, wenn sie vom Vorsitzenden oder dem Senate erlassen worden wären, ist nach den allgemeinen Bestimmungen zu beurtheilen (§§ 514, 515).

Das einzige Rechtsmittel gegen solche Anordnungen ist mit Ausschluss des Recurses oder der Beschwerde bei dem Senate (§ 35 J. N.) Antrag auf Abänderung bei dem Vorsitzenden, dessen Entscheidung unanfechtbar ist. Doch gestattet

Digitized by Google

der § 256 dem Vorsitzenden und Senate jederzeit, die Ergänzung des vorbereitenden Verfahrens zu verfügen.

§ 256. Nach thunlichst zu beschleunigendem Abschlusse des vorbereitenden Verfahrens sind die gesammten Acten und insbesondere auch alle während des vorbereitenden Verfahrens aufgenommenen Protokolle und die dem beauftragten Richter vorgelegten oder ausgefolgten Beweisurkunden, Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände dem Vorsitzenden des Senates, vor welchem die Streitverhandlung stattfinden soll, zu übergeben. Wenn nicht vom Vorsitzenden oder auf dessen Antrag vom Senate in nicht öffentlicher Sitzung eine Ergänzung des vorbereitenden Verfahrens verfügt wird, hat der Vorsitzende die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung von amtswegen anzuberaumen.

Gegen den Beschluss auf Ergänzung des vorbereitenden Verfahrens ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.

Verzögerungen in der Erledigung des vorbereitenden Verfahrens sind vom Vorsitzenden abzustellen (§ 255). Ein Antrag der Partei auf Ergänzung des vorbereitenden Verfahrens ist nicht vorgesehen, wird aber mindestens bei der vorbereitenden Beweisaufnahme nach § 286 zulässig sein.

Die Anordnung der Tagsatzung erfolgt von amtswegen (§ 131) durch den Vorsitzenden. Dieselbe kann nicht durch den beauftragten Richter im Einverständnisse mit dem Vorsitzenden verkündet werden, weil die Vorprüfung der Vollständigkeit vorgeschrieben ist, sie muss sohin durch Zustellung der schriftlichen Ladung erfolgen.

Wie gegen den Beschluss auf Ergänzung der Verhandlung ist auch gegen die Anordnung der mündlichen Verhandlung unter Verweigerung einer vom Vorsitzenden oder von der Partei beantragten Ergänzung ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen (§§ 130, 286).

Mündliche Streitverhandlung.

§ 257. Die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung ist so anzuberaumen, dass den Parteien von Zustellung der Ladung an mindestens eine Frist von acht Tagen zur Vorbereitung für die Streitverhandlung offen bleibt.

Bei Anberaumung der Tagsatzung hat der Vorsitzende zugleich über die gemäß § 229 in einem vorbereitenden Schriftsatze gestellten Anträge, sofern dieselben nicht etwa bereits bei Anberaumung der ersten Tagsatzung oder durch ein eingeleitetes

Digitized by Google

vorbereitendes Verfahren ihre Erledigung gefunden haben, die nöthigen Anordnungen zu erlassen. Gegen diese Anordnungen ist ein Rechtsmittel nicht zulässig; es können jedoch die Anträge, welchen vom Vorsitzenden nicht willfahrt wurde, bei der mündlichen Streitverhandlung von der Partei erneuert werden. Desgleichen bleibt es den Parteien unbenommen, ihre etwaigen Einwendungen gegen die vom Vorsitzenden über derlei Anträge erlassenen Anordnungen bei der mündlichen Streitverhandlung vorzubringen.

Von den Anordnungen und Beschlüssen, welche über die im vorgehenden Absatze bezeichneten Anträge ergehen, ist auch der Gegner der antragstellenden Partei stets ohne Aufschub zu verständigen.

1. Ueber die Anordnung der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung sind die Bemerkungen bei § 244 zu vergleichen. Im bezirksgerichtlichen Verfahren ist regelmäßig gleich über die Klage die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung anzuordnen (§ 440) und kann dieselbe in dringenden Fällen auf denselben Tag angeordnet werden. Verzögerungen in der Zustellung, wodurch die gesetzliche Ladungsfrist beschränkt wird, berechtigen nach § 139 über Antrag oder von amtswegen zur Erstreckung der Tagsatzung. Erfolgt die Anordnung der Tagsatzung über die Klagebeantwortung, so ist mit der Ladung ein Exemplar derselben nebst den Beilagenabschriften dem Kläger zuzustellen, während die des Beklagten (§ 131) und der übrigen Betheiligten (§ 80) mittels Rubrik erfolgt. Wird die Tagsatzung von amtswegen angeordnet, so erfolgt die Ladung beider Parteien mittels Rubrik (§ 131).

2. Schon im § 183 werden dem Vorsitzenden weitreichende processleitende Befugnisse eingeräumt, welche er über Antrag und von amtswegen zu üben hat. Werden derartige Verfügungen vom Kläger (§ 229) oder vom Beklagten (§ 243) beantragt und sind dieselben nicht bei Erledigung der Klage oder im vorbereitenden Verfahren erlassen oder gegenstandslos geworden, so hat nunmehr der Vorsitzende darüber zu entscheiden und den betreffenden Beschluss, obwohl er unanfechtbar ist, beiden Theilen bekannt zu geben, mag er dem Antrage stattgeben oder denselben abweisen.

§ 258. Falls die Streitverhandlung ohne vorgängiges vorbereitendes Verfahren angeordnet wird, können sich die Parteien in der Klage oder Klagebeantwortung noch nicht enthaltene Anträge, Angriffs- und Vertheidigungsmittel, Behauptungen und Beweise, welche sie in der Streitverhandlung geltend machen wollen, in der Zeit zwischen Anberaumung und Beginn der

Digitized by Google

Streitverhandlung durch besonderen vorbereitenden Schriftsatz mittheilen. Unter der gleichen Bedingung können von den Parteien während dieser Zeit noch Anträge im Sinne des § 229 mittels Schriftsatz oder zu gerichtlichem Protokoll gestellt werden. Der Vorsitzende hat hierüber die ihm nöthig scheinenden Anordnungen ohne Aufschub zu erlassen (§ 257).

Wenn auf diese Art Beweise für die Streitverhandlung angekündigt werden, bezüglich deren Aufnahme eine der Voraussetzungen des § 245, Z. 3 zutreffen würde, so kann das Gericht unverzüglich unter Aufhebung der anberaumten Tagsatzung die Verweisung der Rechtssache zu vorbereitendem Verfahren vor einem beauftragten Richter aussprechen (§ 247).

1. Die vorbereitenden Schriftsätze des § 258, auf welche die allgemeinen Vorschriften der §§ 77 ff. Anwendung finden, haben einestheils den Zweck, den Gegner noch vor der Tagsatzung zu instruieren und dadurch einer Erstreckung der Tagsatzung wegen mangelnder Information vorzubeugen, andererseits kann durch dieselben die Gefahr eines Kostenersatzes wegen verspäteten Vorbringens (§ 44) oder einer Zurückweisung des die Entscheidung verschleppenden Vorbringens (§ 179) beseitigt werden. Unbedingte Voraussetzung ist die Mittheilung mittels Schriftsatzes für die Berücksichtigung neuen Vorbringens in Versäumungsfällen (§ 399).

Ob aber nicht schon in der Einbringung eines solchen Zwischenschriftsatzes Verschleppungsabsicht liegt, ob nicht das Vorbringen verspätet vorgebracht wurde, hat das Gericht nach Lage der Sache zu beurtheilen.

Die Zwischenschriftsätze sind an keine Reihenfolge und an keine andere Frist gebunden, als an die Dauer der Ladungsfrist.

Dieselben sind einfach dem Gegner zuzustellen, wenn nicht gleichzeitig über einen Antrag im Sinne des § 229 zu entscheiden ist.

Eine Verzögerung der Zustellung solcher Schriftsätze hat eine amtswegige Erstreckung der Tagsatzung gemäß § 139 nicht zur Folge, kann jedoch das Begehren um Erstreckung begründet erscheinen lassen.

2. Die Verweisung der Rechtssache zum vorbereitenden Verfahren kann in diesem Stadium nur zur vorbereitenden Beweisaufnahme (§ 245, Z. 3) erfolgen, und zwar sofort, ohne mündliche Verhandlung, durch den Senat unter Aufhebung der Tagsatzung und unanfechtbar (§ 246, Anm. 2).

Die Einleitung eines vorbereitenden Verfahrens zur Feststellung des Processmaterials (§ 245, Z. 1) oder des vollstän-

Digitized by Google

digen Sachverhaltes (§ 245, Z. 2) kann sohin über einen Zwischenschriftsatz nicht mehr beschlossen werden.

§ 259. Die Streitverhandlung erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften über die mündliche Verhandlung; sie umfasst auch die Beweisaufnahme und die Erörterung ihrer Ergebnisse.

Während der mündlichen Streitverhandlung kann der Beklagte, ohne der Zustimmung des Klägers zu bedürfen, einen Antrag auf Feststellung im Sinne des § 236 stellen.

In der mündlichen Streitverhandlung wird der Process vor dem erkennenden Gerichte sowohl bezüglich der thatsächlichen Umstände als des Beweismateriales und der Rechtsfragen erörtert und spruchreif gemacht. Die allgemeinen Bestimmungen über die Oeffentlichkeit (§§ 171—175), Mündlichkeit (§§ 176—179), Processleitung (§§ 180—195), Rüge von Mängeln (§ 196) und Sitzungspolizei (§§ 197—203) sind im ersten Theile des Gesetzes, die Vorschriften über die Beweisaufnahme in den §§ 275 ff., über die Erörterung der Ergebnisse derselben in den §§ 217, 287, 178 enthalten.

Bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung kann sowohl der Kläger als der Beklagte den Antrag auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines im Laufe des Processes streitig gewordenen Rechtsverhältnisses oder Rechtes stellen (§ 236), ohne hiezu der Zustimmung des Gegners zu bedürfen. Die Bedingungen der Zulässigkeit eines solchen Feststellungsantrages sind bei § 236 erörtert. Die Entscheidung erfolgt entweder mit dem Endurtheile in der Hauptsache oder nach § 393 durch ein Zwischenurtheil. Wegen Unzuständigkeit des Gerichtes unzulässige Zwischenanträge sind zurückzuweisen.

§ 260. Die Partei, welche eine der im § 239, Abs. 2 bezeichneten Einreden erhebt, ist nicht berechtigt, deshalb die Einlassung in die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern. Der Senat kann schon vor Beginn der mündlichen Streitverhanlung die abgesonderte Verhandlung über solche Einreden anordnen; in diesem Falle ist zugleich die Tagsatzung zur Verhandlung über die Einrede von amtswegen anzuberaumen.

In Bezug auf diese Anordnungen gelten die Vorschriften des § 192.

Die vorstehenden Bestimmungen haben auch Anwendung zu finden, wenn eine Partei erst während der mündlichen Streitverhandlung die Unzulässigkeit des Rechtsweges, die Unzuständigkeit des Gerichtes, die Streitanhängigkeit oder das Vorhandensein einer rechtskräftigen Entscheidung über den Klagsanspruch geltend macht (§ 240). Die Partei kann deshalb nicht die weitere Theilnahme an der Verhandlung zur Hauptsache verweigern.

Digitized by Google

1. Der Entwurf sieht von besonderen Bestimmungen über die Verhandlung angebrachter Unzuständigkeitseinwendungen oder dergleichen ab (§ 260, Abs. 1). Es soll auch hier jene Behandlung angeordnet werden, welche sich gegebenen Falls als die zweckmäßigste darstellt. Wenn die Entscheidung über die Einwendung ohne Eingehen auf den Klagsanspruch selbst, ohne Erörterung seines Inhaltes und seines Charakters, nicht möglich ist, wird es in vielen Fällen als das angemessenste erscheinen, die Verhandlung über die Einwendung mit der über den Anspruch zu verbinden. Das Gericht soll nicht außerstande sein, eine solche Anordnung zu treffen. Es wird dagegen seine Processleitungspflichten am besten durch die Anordnung einer gesonderten vorgängigen Verhandlung über derlei Einwendungen erfüllen, wo die Einwendung sich auf Verhältnisse und Umstände stützt, die sich mit dem Meritum des Anspruchs nicht berühren und deren — ohne Weitläufigkeiten mögliche — Klarstellung vielleicht ein zweckloses Befassen mit dem Meritum verhütet. Die Opportunität soll nach all diesen Seiten allein entscheidend sein. Um ihr zu genügen, soll das Gericht auch darin freie Hand haben, über solche Einwendungen entweder eine besondere Verhandlung neben und außerhalb der mündlichen Streitverhandlung einzuleiten, oder die Einwendung im Laufe der mündlichen Streitverhandlung selbst, wenn auch als besonderen Streitpunkt, am passenden Platze zur Verhandlung zu bringen (Regierungsmotive, S. 262).

2. Sofern die Klage nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges oder Unzuständigkeit zurückgewiesen wird (§ 230, Anm. 2), kann der Senat schon vor der Klagebeantwortung (§ 243) oder nach Beantwortung der Klage, jedoch noch vor der mündlichen Streitverhandlung, oder aber während der mündlichen Streitverhandlung die abgesonderte Verhandlung (§ 189) über diese und die weiteren Processeinreden der Streitanhängigkeit und der entschiedenen Streitsache anordnen, oder aber die Verhandlung über die Processeinreden mit der Verhandlung in der Hauptsache verbunden lassen.

Der Beschluss auf abgesonderte Verhandlung ist widerruflich, wenn der Senat nicht durch ein Urtheil oder durch eine ausstehende oder bereits gefällte Entscheidung höherer Instanz gebunden ist.

Sowohl der Beschluss auf abgesonderte Verhandlung als der Widerruf dieses Beschlusses sind unanfechtbar (§ 192). Werden solche Processeinreden erst während der mündlichen Streitverhandlung geltend gemacht, was bezüglich der Unzuständigkeit des Gerichtes gemäß § 240 nur dann möglich ist,

Digitized by Google

wenn es sich um eine durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien nicht zu beseitigende Unzuständigkeit handelt (§ 104 J. N.), so kann der Senat gleichfalls die abgesonderte Verhandlung über diese Einwendung verfügen.

3. Die Partei kann die Einlassung zur Hauptsache wegen solcher Processeinreden niemals verweigern. Sie muss auch die Klagebeantwortung einbringen, wenn bereits vorher die abgesonderte Verhandlung über die Processeinreden verfügt worden ist.

Die Einlassungsverweigerung wegen vorgeschützter processhindernder Einreden wird zur Zeit zum Zwecke der Processverzögerung arg missbraucht. Die muthwilligste und grundloseste Einrede gibt ein formales Recht auf Processistierung, gegen welche der Kläger völlig wehrlos ist, mag sie auch sein Interesse auf das empfindlichste verletzen, den ganzen Erfolg des Rechtsstreites, die Verwirklichung des Klageanspruches in Frage stellen. Die Fortdauer dieses Zustandes ist mit der dem Gerichte im neuen Processe zukommenden Stellung unvereinbar.

Dem Gerichte, welches für die zweckmäßige Ordnung des Verfahrens und für dessen thunlichst rasche und glatte Abwicklung zu sorgen verpflichtet ist, kann nicht angesonnen werden, dass es auf offenbar unmotivierte Einwendungen hin eine den Kläger benachtheiligende Processistierung eintreten lasse. Man wird vielmehr dem Gerichte auch diesen Einwendungen gegenüber gleiche Befugnis verleihen müssen, wie hinsichtlich alles sonstigen Parteivorbringens (Regierungsmotive, S. 262). Es kann sohin eine Hemmung des Verfahrens in der Hauptsache eintreten, nicht aber eine Unterbrechung des Verfahrens mit der Wirkung des § 163.

§ 261. Ueber die wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges, wegen Unzuständigkeit des Gerichtes, wegen Streitanhängigkeit oder Rechtskraft vorgebrachten Einreden und Anträge ist nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu entscheiden. Die Entscheidung hat mittels Beschlusses zu erfolgen; wurde jedoch über diese Einreden und Anträge in Verbindung mit der Hauptsache verhandelt, so ist die Entscheidung, womit dieselben abgewiesen werden, nicht besonders auszufertigen, sondern in die über die Hauptsache ergehende Entscheidung aufzunehmen.

Wenn die Einrede oder der Antrag zwar bei der mündlichen Streitverhandlung, jedoch auf Grund abgesonderter Verhandlung verworfen wird, so kann der Senat nach Verkündung des Beschlusses auf Antrag oder von amtswegen anordnen, dass die Verhandlung zur Hauptsache sogleich aufgenommen werde.

Digitized by Google

In diesem Falle ist die verkündete Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges, Zuständigkeit, Streitanhängigkeit oder Rechtskraft nicht besonders auszufertigen, sondern gleichfalls in die Entscheidung aufzunehmen, welche in der Hauptsache gefällt wird. Gegen die wegen Aufnahme der Verhandlung zur Hauptsache ergehende Anordnung ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.

Sofern der Ausspruch über die Zulässigkeit des Rechtsweges, Zuständigkeit, Streitanhängigkeit oder Rechtskraft in die über die Hauptsache ergehende Entscheidung aufgenommen wird, kann derselbe nur mittels des gegen die Entscheidung in der Hauptsache offen stehenden Rechtsmittels angefochten werden.

Wenn eine der obgedachten Einreden oder Anträge durch eine abgesonderte Entscheidung abgewiesen wird, ohne dass sogleich zur Verhandlung übergegangen würde, kann jede Partei nach Rechtskraft des Beschlusses die Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung in der Hauptsache beantragen.

Die vorstehenden Bestimmungen haben auch Anwendung zu finden, wenn der Senat die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges, der Streitanhängigkeit oder Rechtskraft einer über den Klagsanspruch ergangenen Entscheidung von amtswegen aufwirft und zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung macht.

1. Ueber die Unzulässigkeit des Rechtsweges, Streitanhängigkeit und Rechtskraft und über eine durch Vereinbarung der Parteien nicht zu beseitigende Unzuständigkeit des Gerichtes ist sowohl im Falle eines Parteienantrages als im Falle amtswegiger Erörterung, über eine durch Vereinbarung der Parteien heilbare Unzuständigkeit (§ 104 J. N.) nur über Parteienantrag (§ 240) mündlich zu verhandeln und mittels Beschlusses zu entscheiden, welcher mit Recurs angefochten werden kann, sofern eine abgesonderte schriftliche Ausfertigung desselben erfolgt. Wird aber dieser Beschluss in die Entscheidung über die Hauptsache aufgenommen und mit dieser ausgefertigt, so ist ein abgesondertes Rechtsmittel gegen denselben ausgeschlossen.

2. Wird vom Gerichte seine Unzuständigkeit, die Unzulässigkeit des Rechtsweges, die Streitanhängigkeit oder entschiedene Streitsache anerkannt, so entfällt die Entscheidung in der Hauptsache und es muss der Beschluss schriftlich ausgefertigt werden, welcher auf Einstellung des Verfahrens unter Zurückweisung der Klage (§ 239) lautet.

Wurde über die Processeinreden abgesondert verhandelt und werden dieselben verworfen, so muss gleichfalls der Be-

Digitized by Google

schluss schriftlich ausgefertigt werden, wenn nicht auf Antrag oder von amtswegen die sofortige Aufnahme der Verhandlung zur Hauptsache beschlossen wird, was für das Bagatellverfahren obligatorisch vorgeschrieben ist (§ 450). Diese Vorschrift soll verhindern, dass der Erledigung processualer Formfragen das materielle Recht des Klägers zum Opfer gebracht werden müsse, denn unter Umständen, z. B. bei rapider Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Beklagten, ist die Verzögerung des Urtheiles nicht viel anderes als der Verlust des Anspruches selbst. Daher wurde es insbesondere dem Belieben des Beklagten entzogen, den Fortgang des Verfahrens durch Hinausschieben des Zeitpunktes aufzuhalten, in welchem die Entscheidung, wodurch seine Einwendung abgewiesen wurde, in Rechtskraft erwächst. Das Gericht kann nämlich im Falle der Verwerfung einer solchen Einwendung diese Entscheidung einer abgesonderten Anfechtung entziehen und die unverzügliche Aufnahme der Verhandlung der Hauptsache anordnen (§ 261, Abs. 2). Von dieser Befugnis wird das Gericht wohl immer dann Gebrauch machen, wenn die Anfechtung seiner Entscheidung voraussichtlich ohne Erfolg sein dürfte und nur zu einer ungerechtfertigten Verschleppung des Processes führen würde. Zur Wahrung seiner Interessen ist auch dem Kläger ein Antragsrecht eingeräumt (Regierungsmotive, S. 263).

Der Antrag kann vor und nach Verkündung des die Einrede abweisenden Beschlusses erfolgen und ebenso kann der Beschluss wegen Aufnahme der Verhandlung zur Hauptsache mit dem Beschlusse über die Einrede verbunden oder nach Verkündung dieses Beschlusses abgesondert ausgesprochen werden. Derselbe ist unanfechtbar.

Wird dieser Beschluss gefasst oder wird über die Einreden und Anträge in Verbindung mit der Hauptsache verhandelt, so ist der eine Processeinrede abweisende Beschluss nicht besonders auszufertigen, sondern nur mündlich zu verkünden und bildet sodann einen integrierenden Theil der Ausfertigung der Entscheidung in der Hauptsache.

3. Wurde die Klagebeantwortung nicht rechtzeitig überreicht und findet über Antrag des Klägers die Verhandlung über die bei der ersten Tagsatzung angemeldeten Processeinreden statt, so muss nach § 398 nach Verwerfung derselben über weiteren Antrag des Klägers das Verfahren in der Hauptsache durch Fällung des Versäumungsurtheiles sofort durchgeführt werden. Der Anordnung einer neuen Tagsatzung im Falle der bereits früher (vor Ablauf der Frist zur Klagebeantwortung) angeordneten abgesonderten Verhandlung über die Processeinreden

Digitized by Google

(§ 398, Abs. 3) wird das Gericht über Antrag oder von amtswegen dadurch begegnen können, dass es entweder die sofortige Aufnahme der Verhandlung zur Hauptsache beschließt oder den Beschluss auf abgesonderte Verhandlung aufhebt (§ 192).

Nach Rechtskraft des abgesondert ausgefertigten Beschlusses ist das Verfahren in der Hauptsache, das bis dahin gehemmt war, fortzusetzen und zum Abschluss zu bringen, ohne dass es hiezu eines Antrages der Parteien bedarf.

4. Besondere Bestimmungen treffen die §§ 61 ff. J. N. bei der Anfechtung der sachlichen Zuständigkeit eines Gerichtshofes, wenn vor dem Civilsenate eines Kreis- oder Landesgerichtes der Antrag auf Verweisung der Rechtssache vor den Handels- oder bergrechtlichen Senat desselben Gerichtshofes gestellt, wenn die Unzuständigkeit des Handelssenates oder des zur Ausübung der Berggerichtsbarkeit berufenen Senates behauptet und die Verweisung der Rechtssache an den Civilsenat desselben Gerichtshofes beantragt, oder wenn vor einem selbständigen Handelsgerichte oder Handels- und Seegerichte die Einrede der Unzuständigkeit deshalb erhoben wird, weil die Rechtssache vor das zur Ausübung der allgemeinen Gerichtsbarkeit berufene Kreis- oder Landesgericht gehört. In diesen Fällen kann das Gericht durch Beiziehung eines Laienrichters oder eines vierten Berufsrichters einen Senat zusammensetzen, welcher sowohl den Anforderungen eines Civilsenates, als auch den Vorschriften über Handels- oder bergrechtliche Senate entspricht. Nach Entscheidung der Competenzfrage hat sodann entweder der Civilsenat oder der besondere Senat zu entscheiden.

§ 262. Wenn der Streitverhandlung ein vorbereitendes Verfahren gemäß §§ 250 oder 251 vorausgegangen ist, sind die Ergebnisse des vorbereitenden Verfahrens bei der Streitverhandlung auf Grund der gerichtlichen Protokolle durch ein Mitglied des Senates vorzutragen.

Bei der Streitverhandlung können die Protokolle über die in einem vorbereitenden Verfahren stattgefundenen Verhandlungen, Einvernehmungen und Beweisaufnahmen auf Antrag oder von amtswegen ganz oder zum Theile vorgelesen werden. Die Vorlesung geschieht durch ein Mitglied des Senates oder durch den Schriftführer.

Wenn der Berufungssenat das angefochtene Urtheil wegen Unzuständigkeit aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung an das zuständige Gericht verwiesen hat, bleiben alle bei der ersten Verhandlung abgelegten Geständnisse und sonstigen Erklärungen in Kraft. Die neuerliche Verhandlung

Digitized by Google

ist im Sinne des § 138 einzuleiten und auf Grund des über die erste Verhandlung aufgenommenen Protokolles und der Processacten durchzuführen. Nova sind zulässig (476).

Neben dem Vortrage der Ergebnisse eines vorbereitenden Verfahrens durch ein Mitglied des Senates hat der Vorsitzende gemäß § 287 die Ergebnisse einer stattgefundenen Beweisaufnahme auf Grund der Protokolle und sonstigen Acten darzulegen.

Ein solches Resumé ist auch im Falle der Erstreckung einer Tagsatzung (§ 138) und bei der mündlichen Berufungsverhandlung (§ 486) vorgeschrieben. Dasselbe wird sich ähnlich gestalten wie der schriftliche Vortrag bei Berufungsverhandlungen im Strafverfahren (§ 472, St. P. O.), welcher weder Gutachten noch Anträge enthalten, sondern nur das Thatsächliche des Falles, den bisherigen Verlauf der Sache und die daraus sich ergebenden Streitpunkte umfassen soll. Ist der Vortrag unvollständig, ungenau oder unrichtig, so hat ihn der Vorsitzende von amtswegen zu ergänzen und es können auch die Parteien die Vorlesung der Protokolle ganz oder zum Theile beantragen (§ 287). Auf den Vortrag folgen sodann die Erörterungen der Parteien über die That- und Rechtsfragen und über die Ergebnisse der aufgenommenen Beweise.

Dadurch wird den Parteien Gelegenheit gegeben, ein früheres Vorbringen dem Gerichte in Erinnerung zu bringen, das sie bei der Entscheidnng berücksichtigt wissen wollen, aber im Vortrage vermisst haben (Regierungsmotive, S. 229).

§ *263. Die im vorbereitenden Verfahren vor dem beauftragten Richter erschienene Partei kann eine trotz Aufforderung des Richters unterlassene oder verweigerte Erklärung über Thatsachen, angebotene oder vorgelegte Beweise in der mündlichen Streitverhandlung nicht mehr nachholen.*

Wenn der Streitverhandlung ein vorbereitendes Verfahren gemäß §§ 250 und 251 vorausgegangen ist, können neue Ansprüche, Behauptungen, Beweismittel und Beweiseinreden, welche sich auf die im vorbereitenden Verfahren erörterten Theile des Rechtsstreites beziehen, in der mündlichen Streitverhandlung im Falle gegnerischen Einspruches nur geltend gemacht werden, wenn von der Partei glaubhaft gemacht wird, dass sie von dem Bestande dieser Ansprüche, sowie von den neu vorgebrachten Behauptungen, Beweismitteln und Beweiseinreden zur Zeit des vorbereitenden Verfahrens keine Kenntnis hatte.

1. Die Präclusionsfolgen des ersten Absatzes treten ein, wenn das vorbereitende Verfahren abgeschlossen ist, im Falle des § 254 aber mit dem Versäumen der neuerlichen, unter Androhung der Präclusionsfolgen angeordneten Tagsatzung. Ob

Digitized by Google

die Erklärungen abgegeben wurden oder unterblieben sind, ist allein aus dem Protokolle zu beurtheilen. Die erfolgte richterliche Aufforderung (§§ 182, 249) wird aus dem Protokolle und bei Ausbleiben der Partei aus dem betreffenden richterlichen Bescheide entnommen werden müssen. Die Rechtsfolge der unterlassenen Erklärung über Thatsachen ist nach § 267 die, dass das Gericht unter sorgfältiger Berücksichtigung des gesammten Inhaltes des gegnerischen Vorbringens zu beurtheilen hat, ob die Behauptung als zugestanden anzusehen sei. Die Rechtsfolge der unterlassenen Erklärung über eine Privaturkunde ist die Annahme der Echtheit derselben. Hat eine Aufforderung nicht stattgefunden, so kann die Ergänzung des vorbereitenden Verfahrens angeordnet werden oder es sind die Erklärungen bei der mündlichen Verhandlung zuzulassen.

2. Absatz 2 bestimmt für positives Parteivorbringen im Gegensatze zu § 179 die Präclusion, jedoch nur dann, wenn es sich um neues Vorbringen in thatsächlicher Beziehung, wenn es sich um Behauptungen — nicht um Bestreitungen — handelt. Der Ausschuss des Abgeordnetenhauses (S. 35 der Motive) wollte dieses Vorbringen nicht daran gebunden wissen, dass es sich auf Dinge beziehen müsse, die zum Protokoll des beauftragten Richters nicht festgestellt erscheinen, sondern es soll auch möglich sein, Dinge, welche im Protokoll vorkommen, durch das neue Vorbringen aufzuklären, zu ergänzen oder zu modificieren. Der Ausschuss war auch nicht der Meinung, dem Protokolle des beauftragten Richters einen so definitiven Charakter geben zu sollen, als es die Regierungsvorlage thut. Endlich braucht die Partei nur glaubhaft zu machen, dass sie thatsächlich von den neu vorgebrachten Behauptungen oder Beweismitteln keine Kenntnis hatte, nicht aber, dass sie überhaupt davon keine Kenntnis haben konnte. Wenn es auch nothwendig ist, dem vorbereitenden Verfahren eine gewisse feste Begrenzung zu geben, ohne welche der Zweck dieses Vorverfahrens ganz illusorisch werden würde, so muss doch andererseits dafür gesorgt werden, dass eine Partei, welche bona fide ist, unter allen Umständen in der mündlichen Verhandlung nachholen kann, was sie, eben ohne Verschulden, im Vorverfahren verabsäumt hat. Es sind die Bedingungen der Wiederaufnahmsklage (§ 530, Z. 7) unter welchen das neue Vorbringen gestattet ist. Die Mehrkosten treffen nach § 48 die vorbringende Partei.

§ 264. Im vorbereitenden Verfahren bereits abgehörte Zeugen oder einvernommene Sachverständige sind in der mündlichen Streitverhandlung neuerlich einzuvernehmen, wenn der

Digitized by Google

Senat eine solche Erneuerung der Beweisaufnahme zur Behebung begründet erscheinender Einwendungen gegen die Vollständigkeit oder Richtigkeit einer im vorbereitenden Verfahren stattgefundenen Beweisaufnahme oder zur wahrheitsmäßigen Feststellung des für die Processentscheidung erheblichen Sachverhaltes für nothwendig erachtet.

1. Die Regel ist, dass das Ergebnis einer nicht vor dem erkennenden Gerichte erfolgten Beweisaufnahme auf Grund der Protokolle und sonstigen Acten bei der mündlichen Verhandlung durch den Vorsitzenden darzulegen ist (§ 287). Wenn die Partei durch ein unvorhergesehenes Ereignis an der Theilnahme bei der Beweisaufnahme verhindert war und dies eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme zur Folge hatte, kann die Ergänzung der Beweisaufnahme zugelassen werden (§ 289). Desgleichen kann die wiederholte Vernehmung angeordnet werden, wenn das Gericht die vom beauftragten Richter für gerechtfertigt erkannte Weigerung der Aussage oder der Beantwortung einzelner Fragen für unzulässig erachtet, wenn Zeugen nicht ordnungsmäßig oder nicht vollständig vernommen wurden, wenn die Aussage in Bezug auf wesentliche Punkte an Unklarheit, Unbestimmtheit oder Zweideutigkeit leidet, oder wenn die Zeugen selbst eine Ergänzung oder Berichtigung ihrer Aussagen für nothwendig erachten (§ 344), welche Bestimmungen nach § 367 auch auf Sachverständige anzuwenden sind. Eine solche Ergänzung wird gemäß § 256 abermals im vorbereitenden Verfahren zu erfolgen haben, es kann jedoch auch im Ausnahmsfalle die Beweisaufnahme in der mündlichen Verhandlung selbst wiederholt werden, wenn die Ergänzung des Beweises im vorbereitenden Verfahren zur Behebung der Mängel nicht genügend erscheint.

Gegen den Beschluss auf Erneuerung der Beweisaufnahme ist jedes Rechtsmittel, gegen die Ablehnung eines diesbezüglichen Antrages ist nach § 291 ein abgesondertes Rechtsmittel versagt.

Feststellungen zu Protokoll.

§ 265. Der Vorsitzende kann anordnen, dass Anträge und Erklärungen, die zufolge §§ 208 und 209 in das Verhandlungsprotokoll aufzunehmen sind, von der Partei, welche den Antrag gestellt oder die Erklärung abgegeben hat, niedergeschrieben und dem Vorsitzenden übergeben werden. Den Parteien kann auch dann, wenn die Vorlage einer Niederschrift vom Vorsitzenden nicht angeordnet wurde, auf Antrag gestattet werden, die oben bezeichneten Anträge und Erklärungen durch die Ueberreichung kurzer Niederschriften festzustellen.

Digitized by Google

Die Niederschrift hat sogleich bei der mündlichen Verhandlung zu geschehen. Die dem Vorsitzenden überreichten Schriftstücke sind dem Verhandlungsprotokolle als Anlagen beizufügen.

Die angeordneten oder zugelassenen schriftlichen Feststellungen sind vorzulesen; über deren Richtigkeit entscheidet der Senat.

Der Beschluss, durch welchen solche schriftliche Feststellung angeordnet oder zugelassen wird, sowie die über die Richtigkeit einer schriftlichen Feststellung ergehende Entscheidung kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden.

Zu vergleichen die allgemeinen Vorschriften über Protokolle (§§ 207—217), insbesondere Anm. 5 zu § 208, Anm. 5 zu § 209, Anm. 4 zu § 211.

Außer den Anträgen und Erklärungen können auch Rügen von Mängeln (§ 196) und Widersprüche gegen die Angaben des Protokolles (§ 212) schriftlich als Anlagen dem Protokolle beifügt werden. Es wird genügen, wenn in diesem Falle im Protokolle einfach bemerkt wird, dass der Advocat beiliegenden Schriftsatz als Anlage zum Protokolle überreicht hat. Im Verfahren vor Bezirksgerichten ist die Anordnung der schriftlichen Feststellung nur dann zulässig, wenn die Parteien durch Advocaten vertreten sind (§ 440).

Die Niederschrift während der mündlichen Verhandlung ist nothwendig, damit die Vorlesung des Schriftstückes und die Beschlussfassung über dessen Richtigkeit erfolgen kann. Wird vom Senate entschieden, dass die schriftlichen Feststellungen nicht richtig sind, so sind dieselben zurückzuweisen und es ist mit der Protokollierung der betreffenden Anträge, Erklärungen u. s. w. vorzugehen, wogegen sodann der Partei das Recht des Widerspruches nach § 212 zusteht.

Während andere die Protokollierung betreffenden Verfügungen nach § 214 nur durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden können, ist gegen die Anordnung oder Bewilligung einer schriftlichen Feststellung und gegen die Entscheidung über die Richtigkeit der Feststellung jedes Rechtsmittel versagt. Die bei § 208 Anm. 6 angeführten eigentlichen Feststellungen über die Zeugen — Sachverständigen — und Parteieneinvernahmen und über die abgeschlossenen Vergleiche sind immer zu protokollieren und ist deren schriftliche Feststellung durch die Parteien ausgeschlossen.

Die undeutliche Fassung bei § 208 Anm. 6 sei hiermit richtig gestellt.

Digitized by Google

Zweiter Titel: **Allgemeine Bestimmungen über den Beweis und die Beweisaufnahme.**

Beweis.

§ 266. Die von einer Partei behaupteten Thatsachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie vom Gegner in einem vorbereitenden Schriftsatze, im Laufe des Rechtsstreites bei einer mündlichen Verhandlung oder im Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters ausdrücklich zugestanden werden. Zur Wirksamkeit eines gerichtlichen Thatsachengeständnisses ist dessen Annahme seitens des Gegners nicht erforderlich.

Inwieferne ein solches Geständnis durch demselben von der Partei beigefügte Zusätze und Einschränkungen aufgehoben oder in seiner Wirksamkeit beeinträchtigt wird, und welchen Einfluss ein Widerruf auf die Wirksamkeit des Geständnisses hat, ist vom Gerichte nach seinem durch sorgfältige Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu beurtheilen.

In gleicher Weise hat das Gericht zu beurtheilen, inwieferne zufolge eines außergerichtlichen Geständnisses die Nothwendigkeit des Beweises entfalle.

1. Das gerichtliche Geständnis ist ein Dispositivact, wodurch die eine Partei der anderen den ihr obliegenden Beweis erlässt. Es steht im Einklange mit den Bestimmungen des § 267, wenn im § 266, Abs. 1, nicht das ausdrückliche Bestreiten, sondern der Mangel eines Zugeständnisses als der für die Beweisbedürftigkeit entscheidende Umstand bezeichnet wird (Regierungsmotive, S. 264). Vom Beweise befreit das Geständnis unbedingt nur dann, wenn es von der Partei, deren gesetzlichem Vertreter (§ 5) oder Bevollmächtigten (§ 34) ausgeht, wenn der Behauptung der einen Partei das ausdrückliche Zugeständnis der anderen Partei gegenübersteht, die Thatsache also von beiden Parteien als richtig erklärt wird. Das Geständnis des einen Streitgenossen wirkt nicht gegen die anderen Streitgenossen (§§ 13, 14), das Geständnis des Nebenintervenienten nicht gegen die Hauptpartei (§ 19).

Ein gerichtliches Geständnis liegt nur vor, wenn es in demselben Processe, entweder in der mündlichen Verhandlung (§ 209) oder vor einem ersuchten oder beauftragten Richter (§§ 239, 248, 282, 278) oder in einem vorbereitenden Schriftsatze (§ 78) abgegeben wurde. Wenn das angefochtene Urtheil wegen Unzuständigkeit vom Berufungsgerichte aufgehoben und zur neuerlichen Verhandlung an das zuständige Gericht verwiesen wird, behalten die in der ersten Verhandlung abgelegten Geständnisse ihre Wirksamkeit (§ 476). Geständnisse in einem

Digitized by Google

anderen Processe, vor dem Strafrichter u. dgl., haben nur den Wert außergerichtlicher Geständnisse. Thatsachen, welche vom Gerichte von amtswegen festzustellen sind, so insbesondere die Processfähigkeit, die gesetzliche Vertretung und die besondere Ermächtigung zur Processführung (§ 6), die Bevollmächtigung (§ 37) müssen trotz gegnerischen Geständnisses nachgewiesen werden. Unwirksam ist endlich das Geständnis im Verfahren wegen Ungiltigkeit oder Trennung einer Ehe (§§ 13 H. D. v. 23. August 1819, Nr. 1595 J. G. S., 99, 115 a. b. G.-B.) und bei Bestreitung der ehelichen Geburt eines Kindes (§§ 157, 158 a. b. G.-B. und Art. VI Einf.-Ges.).

2. Gegenstand des Beweises sind aber nur thatsächliche Behauptungen (§ 178), nicht auch die aus denselben zu ziehenden rechtlichen Folgerungen, demnach können auch nur die von einer Partei behaupteten Thatsachen Gegenstand des Geständnisses sein. Wenn nach den Ausführungen von Savigny System Bd. 3, S. 45, auch Rechtsverhältnisse zugestanden werden können, so gilt dies doch nur für Rechtsverhältnisse von so einfacher Natur, dass die Anführung des Rechtsbegriffes (Kauf, Darlehen u. s. w.) der Zerlegung desselben in seine einzelnen Momente gleich zu erachten ist (Reichsgericht Leipzig, X. S. 365).

Von dem Geständnisse ist zu unterscheiden das Anerkenntnis (§ 395). Die Wirkungen derselben sind verschieden. Das Geständnis ist im Laufe des Processes widerruflich, während das gerichtliche Anerkenntnis bindend bleibt und nur angefochten werden kann, wenn allgemeine civilrechtliche Anfechtungsgründe, z. B. Zwang, Irrthum, bestehen (O. L. G. für Bayern, Fuchsberger, Erg.-B. S. 204).

3. Von dem unbedingten Geständnisse ist zu unterscheiden das qualificierte Geständnis, wenn die behauptete Thatsache zwar zugestanden wurde, jedoch zusätzliche oder beschränkende Behauptungen beigefügt werden, z. B. eine Bedingung, eine Novation, der Abschluss des Geschäftes zu einer anderen als der angegebenen Zeit, der Abschluss eines anderen als des behaupteten Rechtsgeschäftes, Differenzen betreffs des Preises, der Qualität, Quantität u. s. w. Ob hiedurch der Geständniswille aufgehoben oder in seiner Wirksamkeit eingeschränkt sei, ist vom Gerichte nach freiem Ermessen nach den allgemeinen Grundsätzen der Interpretation und Beweislast zu beurtheilen.

4. Auf gleiche Weise ist die Wirkung des Widerrufes eines gerichtlichen Geständnisses frei zu würdigen (Regierungsmotive, S. 264). Bei der Würdigung der sich hierauf beziehenden Fragen wird nach der Natur der Sache nie außer-

Digitized by Google

acht zu lassen sein, dass das Geständnis hier nur als Anerkennung der Wahrheit einer behaupteten Thatsache und nicht als Verfügung über Rechte in Betracht kommt (Motive der Regierungsvorlage v. J. 1881). Der einfache Widerruf des Geständnisses wird nicht genügen. Es wird vielmehr der Anführung besonderer Umstände bedürfen, welche einen Irrthum seitens des Gestehenden oder einen auf ihn ausgeübten Zwang glaubwürdig erscheinen lassen und zugleich die Glaubwürdigkeit der vom Gegner behaupteten Thatsache erschüttern.

Bezüglich der sogenannten fingierten Geständnisse der §§ 254, 396, 398, 400, 442 erscheint ein Widerruf unzulässig.

5. Welcher Einfluss einem außergerichtlichen Geständnisse auf die Bildung der richterlichen Ueberzeugung einzuräumen sei, und wie weit infolge desselben eine Beweisführung entbehrlich werde, kann nur nach Beschaffenheit des Einzelnfalles beurtheilt und muss darum dem richterlichen Ermessen überlassen werden (Regierungsmotive, S. 264).

Außergerichtliche Geständnisse, d. h. solche, welche den im § 266 aufgestellten Erfordernissen eines gerichtlichen Geständnisses nicht genügen, sind kein Beweismittel. Wird die Ablegung des Geständnisses nicht zugestanden, so muss dieselbe durch zulässige Beweismittel bewiesen werden. Dass das außergerichtliche Geständnis dem Gegner oder einer an der Sache interessierten Partei gegenüber erfolgt sei, ist nicht erforderlich. Enthält das außergerichtliche Geständnis einen vollständigen civilrechtlichen Dispositionsact, die dispositive Verpflichtung einer Partei gegen eine andere, so ist es nicht bloß Geständnis, sondern ein Rechtsact (Wilmowski, S. 467). Die Annahme ist auch bei außergerichtlichen Geständnissen nicht erforderlich und Gegenbeweise gegen ein außergerichtliches Geständnis sind im vollen Umfange zulässig.

§ 267. Ob thatsächliche Behauptungen einer Partei mangels eines ausdrücklichen Geständnisses des Gegners als zugestanden anzusehen seien, hat das Gericht unter sorgfältiger Berücksichtigung des gesammten Inhaltes des gegnerischen Vorbringens zu beurtheilen.

In gleicher Weise hat das Gericht insbesondere auch zu beurtheilen, ob die Erklärung mit Nichtwissen oder Nichterinnern als eine die Annahme eines Zugeständnisses ausschließende oder aber ein Zugeständnis in sich schließende Erklärung anzusehen sei.

1. Zu vergleichen Anm. 2 zu § 178. Jede Partei hat sich über die von ihrem Gegner vorgebrachten thatsächlichen Angaben zu erklären (§ 178). Der Vorsitzende hat dafür Sorge zu tragen, dass die Sache erschöpfende Erörterung finde (§ 180).

Digitized by Google

Das Unterlassen der Erklärung wird als stillschweigendes Geständnis anzusehen sein, wenn mit Ueberlegung der besonderen Verhältnisse des Falles kein Zweifel an dem Geständniswillen obwaltet (v. Schuster, S. 299). Der Vorsitzende des Senates wird sich gegen die Ansicht, dass eine Nichterklärung der Partei über thatsächliche Anführungen des Gegners auf einem Uebersehen beruhe, dadurch decken können, dass er im Protokolle kurz bemerkt, dieselbe sei betreffs aller nicht beantworteten Punkte trotz seiner Aufforderung unterblieben.

Ist der mündlichen Verhandlung ein vorbereitendes Verfahren vorausgegangen, so können unterlassene oder verweigerte Erklärungen über Thatsachen in der mündlichen Verhandlung nicht mehr nachgeholt werden (§ 263); sonst können dieselben bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung erfolgen (§ 179).

2. Die Erklärung des Nichtwissens oder Nichterinnerns bezüglich fremder Handlungen und Wahrnehmungen wird regelmäßig als Widerspruch anzusehen sein. Die Beurtheilung der Bedeutung einer solchen Erklärung betreffs der eigenen Handlungen und Wahrnehmungen unterliegt dem freien richterlichen Ermessen. Eine unnatürliche Einschränkung der richterlichen Beurtheilung wäre es, wenn das Gesetz vorschreiben würde, dass die von einer Partei betreffs ihrer eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen abgegebene Erklärung des Nichterinnerns oder eine Erklärung mit Nichtwissen immer als Zugeständnis angesehen werden müsste (Regierungsmotive, S. 238).

§ 268. Wenn die Entscheidung von dem Beweise und der Zurechnung einer strafbaren Handlung abhängt, ist der Richter an den Inhalt eines hierüber ergangenen rechtskräftigen verurtheilenden Erkenntnisses des Strafgerichtes gebunden.

1. Was die Frage betrifft, welcher Einfluss einer mittels Strafurtheil erfolgten Thatsachenfeststellung auf die Beweisführung im Civilprocesse einzuräumen sei, beschränkt sich der Entwurf darauf, den Inhalt des über die bezügliche Thatsache ergangenen, verurtheilenden strafgerichtlichen Erkenntnisses als für den Civilrichter bindend zu erklären (Regierungsmotive, S. 264). Liegt der Verdacht einer strafbaren Handlung vor, von deren Zurechnung die Entscheidung des Processes abhängt, so wird der Rechtsstreit bis zur Erledigung des bezüglichen Strafverfahrens nach § 191 zu unterbrechen sein. Soweit die Verurtheilung Voraussetzung des Entstehens oder Erlöschens des geltend gemachten Civilanspruches ist, bindet das Urtheil den Civilrichter. Andere Thatsachen, welche nach den Gründen des Strafurtheiles festgestellt erscheinen, binden dagegen den Civilrichter nicht.

Digitized by Google

2. Einem freisprechenden Erkenntnisse gegenüber besteht das freie Beweiswürdigungsrecht des Richters ungeschmälert fort. Gründet sich concretenfalls der Freispruch darauf, dass sich die nun auch im Civilprocesse wichtig werdenden Thatsachen nicht zugetragen haben, dann kann eine solche Feststellung immerhin im Sinne des § 272 auf die Bildung der Ueberzeugung des Civilrichters großen Einfluss haben (Regierungsmotive, S. 265).

Nach § 10 des Wuchergesetzes vom 28. Mai 1881, Nr. 47 R.-G.-Bl., ist die Freisprechung wegen mangelnden Thatbestandes oder wegen Unzulänglichkeit der Verdachtsgründe für den Civilrichter bindend. Die Verurtheilung wegen Meineides oder falschen Zeugnisses ist ein Hinderungsgrund der Beeidigung des Zeugen (§ 336) und der Abhörung der Partei (§ 372).

§ 269. Thatsachen, welche bei dem Gerichte offenkundig sind, bedürfen keines Beweises.

Zu vergleichen Anm. 2 zu § 4.

§ 270. Thatsachen, für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermuthung aufstellt, bedürfen keines Beweises. Der Beweis des Gegentheiles ist zulässig, sofern das Gesetz denselben nicht ausschließt. Dieser Gegenbeweis kann auch durch Vernehmung der Parteien gemäß §§ 371 ff. geführt werden.

Eine Aenderung der Grundsätze, nach welchen im Civilprocesse die Wahrheit festgestellt wird, insbesondere die Einführung freier Beweiswürdigung hat auf die Rechtsvermuthungen keinen Einfluss (Regierungsmotive zum E. G., S. 7). Ein Gesetz, welches eine Rechtsvermuthung aufstellt, schreibt dem Richter vor, eine Behauptung nicht bloß für wahrscheinlich, sondern für wahr (gewiss) anzunehmen, sobald eine bestimmte andere Behauptung erwiesen ist (Unger, System, II. S. 580), Die Rechtsvermuthung befreit nicht vom Beweise, sondern erleichtert den Beweis, indem an Stelle der einen Behauptung eine andere bewiesen werden muss.

Man unterscheidet widerlegbare, einfache Rechtsvermuthungen (präsumtiones juris), wenn der Beweis zulässig ist, dass der Schluss von dem Vermuthungsgrunde auf die behauptete Thatsache im gegebenen Falle unrichtig ist (§§ 24, 278, 924, 1427, 1429, 1430 a. b. G.-B.), und unwiderlegbare, qualificierte Rechtsvermuthungen (präsumtiones juris et de jure), wenn dieser Beweis unstatthaft ist (§ 163 a. b. G.-B., Art. 274, Abs. 2 H. G. B.). Insoweit der Beweis des Gegentheiles zulässig ist, können zur Herstellung desselben alle nach der Civilprocessordnung zulässigen Beweismittel und Beweisarten,

Digitized by Google

insbesondere auch die Vernehmung der Parteien als Zeugen in Anwendung kommen (Regierungsmotive, E. G., S. 7). Ehehindernisse aber (§ 99 a. b. G.-B.) können nicht durch Vernehmung der Ehegatten bewiesen werden (Art. VI Einf.-Ges.).

§ 271. Das in einem anderen Staatsgebiete geltende Recht, Gewohnheitsrechte, Privilegien und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gerichte unbekannt sind.

Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien angebotenen Beweise nicht beschränkt; es kann alle zu diesem Zwecke ihm nöthig scheinenden Erhebungen von amtswegen einleiten und insbesondere, soweit erforderlich, das Einschreiten des Justizministers in Anspruch nehmen.

1. Das in den im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern geltende Recht muss der Richter kennen. Gewohnheiten, Statuten oder Privilegien, welche gleich einem Gesetze kundgemacht sind, gehören dem inländischen Rechte an. Sind dieselben aber für keines der im Reichsrathe vertretenen Länder kundgemacht oder handelt es sich um fremdes Recht, so ist die anzuwendende Rechtsnorm festzustellen, sofern sie dem Richter nicht bekannt ist.

Die Grundsätze über den Beweis thatsächlicher Behauptungen können nicht unbedingt auf den Beweis des Bestandes einer fremden Rechtsnorm angewendet werden, welche im Inlande einer Entscheidung zugrunde zu legen ist (Regierungsmotive, S. 265). Derjenige, welcher auf Grund eines solchen Rechtes seinen Anspruch erhebt, hat in der durch § 271 modificierten Weise den Nachweis zu liefern (Reichsgericht Leipzig, XXI, S. 177). Es ist aber auch der Richter jedenfalls befugt, sich die Kenntnis des fremden Rechtes zu jeder Zeit selbstthätig zu verschaffen. Das Geständnis, die Einvernahme der Partei werden als Beweismittel nicht zulässig sein.

2. Durchaus die gleichen Erwägungen, wie hinsichtlich der Normen auswärtigen Rechtes greifen auch Platz betreffs eines vom Gerichte etwa zu berücksichtigenden inländischen Gewohnheitsrechtes oder eines etwaigen Privilegial- oder Statutarrechtes (Regierungsmotive, S. 265). Zu den Gewohnheitsrechten sind insbesondere die Handelsgebräuche (Art. I H. G. B.) zu zählen. Privilegien und Statuten sind die für einzelne Personen oder Interessenkreise zulässigen autonomen Festsetzungen. Auf dieselben hat sich die Partei zu berufen, damit der Richter nicht die allgemeine Rechtsnorm zur Anwendung bringe. Aber der Richter darf nicht von vornherein immer auf das Vorbringen

Digitized by Google

der beweispflichtigen Partei sein Augenmerk richten und um deswillen jeder Untersuchung darüber sich entziehen, ob nicht auch anderweitige Erkenntnisquellen in Betreff der Geltung des betreffenden Statutarrechtes vorhanden sind (Reichgericht Leipzig, XXI, S. 177). Bei der Entscheidung über das Ergebnis eines solchen Beweises ist aber auch hier — da die Existenz eines Gewohnheitsrechtes eine Thatsache ist — das im § 272 ausgesprochene Princip der freien Beweiswürdigung maßgebend, so dass der Richter nach freier Ueberzeugung zu beurtheilen hat, ob die erwähnte Thatsache wahr sei oder nicht (Reichsgericht Leipzig, Fuchsberger, S. 456).

§. 272. Das Gericht hat, soferne in diesem Gesetze nicht etwas anderes bestimmt ist, unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesammten Verhandlung und Beweisführung nach freier Ueberzeugung zu beurtheilen, ob eine thatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht.

Es hat insbesondere in gleicher Weise zu entscheiden, welchen Einfluss es auf die Beurtheilung des Falles hat, wenn eine Partei die Beantwortung von Fragen verweigert, welche durch den Vorsitzenden oder mit dessen oder des Senates Zustimmung an sie gestellt werden.

Die Umstände und Erwägungen, welche für die Ueberzeugung des Gerichtes maßgebend waren, sind in der Begründung der Entscheidung anzugeben.

1. Das Princip der freien Beweiswürdigung gilt sowohl für die Hauptsache als auch für alle Incidenzpunkte, soweit es sich um die Wahrheit oder Unwahrheit einer behaupteten Thatsache (thatsächlichen Angabe) handelt. Die Grundlage der Ueberzeugung des Gerichtes sollen nicht bloß die eigentlichen Beweisverhandlungen, sondern der Inhalt aller Verhandlungen, Erklärungen, Handlungen oder Unterlassungen sein, wobei die sämmtlichen von beiden Parteien vorgebrachten Momente in ihrem Zusammenhange und in ihrer Gesammtwirkung zu prüfen sind. Die Regelung der processualen Beweiswürdigung, welche hier ihren Ausdruck gefunden hat, beseitigt jede Einengung der Denk- und Urtheilsthätigkeit des Richters. Es fehlt daher auch an jedem Anlasse, im Gesetze der Unterscheidung zwischen directem und indirectem Beweise zu gedenken (Regierungsmotive, S. 265).

Die Frage, ob und was bewiesen ist, steht immer im Vordergrund; welche Partei zu beweisen gehabt hat, ist nur dann von Wichtigkeit, wenn nichts bewiesen ist und aus diesem Nichtbewiesensein rechtliche Folgen abzuleiten sind (O. L. G. f. Bayern, Fuchsberger, S. 436).

Digitized by Google

2. Die freie Beweiswürdigung des Richters hat zur Voraussetzung, dass die Vorschriften über die Beweisaufnahme genau befolgt sind (Reichsgericht Leipzig, XIII, S. 421), dass die Ueberzeugung aus gesetzlich zulässigen Beweismitteln geschöpft, und dass die Aufnahme eines in zulässiger Weise beantragten Beweises über eine für erheblich erachtete Thatsache nicht unterblieben ist (Reichsgericht Leipzig, X, S. 417).

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung räumt allerdings dem Richter auch die Befugnis ein, die Vernehmung eines zum Beweise einer streitigen, erheblichen Thatsache vorgeschlagenen Zeugen aus dem Grunde abzulehnen, weil er als bereits feststehend ansieht, dass durch die Vernehmung desselben Sachdienliches nicht erbracht werden könne. Aber die Ueberzeugung von der Unerheblichkeit einer beantragten Einvernehmung kann überhaupt nur darin bestehen, dass entweder dasjenige, worüber der Zeuge aussagen soll, für unerheblich erachtet wird oder dass der Richter für bereits gewiss hält, dass der Zeuge nicht imstande sei, Erhebliches auszusagen. Die Wahrscheinlichkeit des erfolglosen Ausfalles der Vernehmung kann nicht zur Ablehnung derselben berechtigen (Reichsgericht Leipzig, IV, S. 377).

3. Sowie der Richter alles berücksichtigen muss, was in der Verhandlung vorgebracht worden ist oder bei der Beweisaufnahme festgestellt wurde, so bildet auch Verhandlungs- und Beweismaterial den Kreis, über welchen der Richter bei der Begründung nicht hinausgehen darf. Er darf weder sein privates Wissen benützen, noch darf er Umstände berücksichtigen, welche weder bei der Verhandlung noch bei der Beweisaufnahme noch in den Schriftsätzen angeführt worden sind.

Der Eindruck, den der Zeuge bei seiner Vernehmung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter auf diesen gemacht hat, ist bei dem Urtheile nur dann zu berücksichtigen, wenn die Wahrnehmungen als ein Bestandtheil der Beweisaufnahme zum Gegenstande der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte gemacht worden sind (Reichsgericht Leipzig, XVII, S. 425). Die von Dr. Trutter auf Seite 158 seiner systematischen Darstellung des österreichischen Civilprocessrechtes verfochtene Ansicht, dass das Gericht Thatsachen, die von der Partei nicht behauptet wurden, aber durch die Beweisaufnahme zur Kenntnis des Gerichtes gelangt sind, nicht berücksichtigen dürfe, steht im Widerspruche mit den bei § 182, Anm. 1 angeführten Motiven. Das Gericht muss alle sich aus dem Processe ergebenden Möglichkeiten ausnützen können, um den für das Urtheil belangreichen Sachverhalt oder einzelne wichtige Theile

Digitized by Google

desselben klarzulegen (Regierungsmotive, S. 240). Deshalb schreibt auch § 272 vor, dass die Ergebnisse der gesammten Beweisführung zu berücksichtigen sind, der § 217, dass der Inhalt der dem Gerichte vorliegenden Protokolle von amtswegen zu beachten ist.

4. Außer den Vorschriften über das Geständnis (§ 266) und die Contumazfolgen (§§ 254, 396, 398, 400, 442), in welchen Fällen eine Beweisführung gar nicht stattfindet, enthält das Gesetz positive Beweisregeln betreffs des Urkundenbeweises (§§ 292, 293, 294, 295), betreffs der Echtheit der Urkunden (§§ 310, 312), betreffs des Protokolles (§ 215), betreffs der schriftlichen Empfangsbestätigung bei Zustellungen unter Advocaten (§ 112), betreffs der Zustellungsbestätigungen ausländischer Behörden (§ 122), wozu laut Art. VII Einf.-Ges. die gesetzlichen Folgen der Verweigerung der Edition von Handelsbüchern nach Art. 37 H. G. B. zu zählen sind. Das Gericht, an welches eine Rechtssache infolge Beschlusses des Berufungs- (§ 499) oder Revisionsgerichtes (§ 511) zurückverwiesen wurde, ist bei der weiteren Verhandlung und Entscheidung an die rechtliche Beurtheilung des Berufungs- oder Revisionsgerichtes gebunden. Ist die sachliche Unzuständigkeit eines Gerichtes rechtskräftig ausgesprochen, so ist diese Entscheidung für jedes Gericht bindend, bei welchem die Rechtssache in der Folge anhängig wird (§ 46 J. N.). Die Nichtigkeit des Verfahrens wegen mangelnder Processfähigkeit, gesetzlichen Vertretung oder Ermächtigung zur Processführung kann nicht ausgesprochen werden, wenn diesem Ausspruche eine noch bindende Entscheidung desselben oder eines anderen inländischen Gerichtes entgegensteht (§ 7).

5. Mangelhafte Begründung der Entscheidung ist nach § 477, Z. 9, ein Nichtigkeitsgrund. Offenbar kann diese Processvorschrift verletzt erscheinen, wenn für eine bestimmte Beweisannahme gar keine Gründe angeführt sind, wenn dieselbe nur gelegentlich erwähnt wird, und wenn hieraus und aus der Art der gegebenen Begründung positiv erhellt, dass der Richter mit Hintansetzung der vom Gesetze gebotenen Sorgfalt zu Werke gegangen ist.

Andererseits leuchtet aber auch ein, dass nicht schon jede oberflächliche, lückenhafte, zu unbestimmt und allgemein gehaltene Darlegung der Beweisgründe eine revisible Gesetzesverletzung involviert (Reichsgericht Leipzig, VI, S. 170).

§ 273. Wenn feststeht, dass einer Partei der Ersatz eines Schadens oder des Interesses gebürt oder dass sie sonst eine Forderung zu stellen hat, der Beweis über den streitigen Betrag

des zu ersetzenden Schadens oder Interesses oder der Forderung aber gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist, so kann das Gericht auf Antrag oder von amtswegen selbst mit Uebergehung eines von der Partei angebotenen Beweises diesen Betrag nach freier Ueberzeugung festsetzen. Der Festsetzung des Betrages kann auch die eidliche Vernehmung einer der Parteien über die für die Bestimmung des Betrages maßgebenden Umstände vorausgehen.

1. Wenn schon nach § 272 dem Richter volle Freiheit gegeben ist, unter Berücksichtigung des gesammten Inhaltes der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr zu halten sei, so tritt nach § 273 die Freiheit richterlicher Würdigung in noch erhöhtem Maße bei der Schadenersatzbemessung oder Quantitätsbestimmung ein. Die Vorschriften, ob ein Verschulden vorliegt, ob Schadenersatz überhaupt, ob nur der Schade oder auch entgangener Gewinn zu ersetzen sei, werden durch diese Bestimmung nicht berührt (Wilmowski, S. 459) und sind die diesbezüglichen Thatsachen zu beweisen. Der § 273 soll verhindern, dass in Fällen, wo nach der eigenen Annahme des Gerichtes die Existenz eines zu ersetzenden Schadens feststeht, dennoch wegen mangelnder Substantiierung eines bestimmten Betrages der ganze Anspruch abgewiesen werde (Reichsgericht Leipzig, X, S. 78).

2. Der Begriff „Interesse“ wird definiert als die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie dasselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde (Reichsgericht Leipzig, VIII, S. 224).

3. Derjenige, welcher Schadenersatz verlangt, wird im eigenen Interesse wohl daran thun, den Eintritt des Schadens und dessen Höhe möglichst genau zu begründen und insbesondere, wenn er entgangenen Gewinn fordert, die Richtung anzugeben, in welcher der Gewinn in Aussicht genommen war (Reichsgericht Leipzig, X, S. 405); denn die Anwendung des § 273 setzt Unmöglichkeit oder unverhältnismäßige Schwierigkeit des Beweises voraus. Es liegt in der Sphäre des dem Richter eingeräumten Ermessens, wenn ihm der Entwurf in der Herbeischaffung der für die Bildung seiner Ueberzeugung nöthigen Mittel völlig freie Hand lässt.

Er ist weder an die von den Parteien angebotenen Beweise gebunden, noch gehindert, die ihm nöthig scheinenden

Digitized by Google

Beweise von amtswegen aufnehmen zu lassen (Regierungsmotive, S. 266).

Die Vernehmung der Parteien richtet sich nach den Vorschriften der §§ 371 ff. Es hat sohin der eidlichen Vernehmung einer Partei die unbeeidete Einvernahme einer oder beider Parteien (§ 376) voranzugehen (§ 382). Nur insofern besteht ein Unterschied, als die Beweisführung durch Parteieneinvernahme hier selbst mit Uebergehung eines von der Partei angebotenen anderen Beweises zulässig ist. Die Vernehmung hat nicht über die Höhe des Schadens, sondern über die für die Bestimmung derselben maßgebenden Umstände zu erfolgen.

4. Ueber den Rahmen einer Beweisvorschrift gienge es hinaus, wenn der Richter angewiesen würde, den Betrag der Forderung oder des Schadenersatzes nach Billigkeit festzusetzen (Regierungsmotive, S. 266). Dies ist nur bei Anfechtung eines militärischen Ersatzerkenntnisses (§ 6, Ges. v. 6. Juni 1887, Nr. 72 R. G.-Bl.). zulässig. Nach § 408 kann bei muthwilliger Processführung die unterliegende Partei zur Leistung eines nach § 273 auszumessenden Entschädigungsbetrages verurtheilt werden.

Glaubhaftmachung (Bescheinigung).

§ 274. Wer eine thatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat (Bescheinigung), kann sich hiezu aller Beweismittel mit Ausnahme der eidlichen Vernehmung der Parteien bedienen. Eine Beweisaufnahme, die sich nicht sofort ausführen lässt, eignet sich nicht zum Zwecke der Glaubhaftmachung.

Eine behufs Glaubhaftmachung eines Umstandes erfolgende Beweisaufnahme ist an die besonderen, für das Beweisverfahren bestehenden Vorschriften nicht gebunden.

1. Ein Umstand ist glaubhaft gemacht, wenn derselbe dem Richter wenigstens wahrscheinlich geworden (Regierungsmotive, S. 266). Alle Ueberzeugungsgründe, welche im täglichen Leben bei gewöhnlicher Sorgfalt einen verständigen Mann zum Glauben an die Wahrheit einer behaupteten Thatsache bestimmen können, dürfen zur Glaubhaftmachung benützt werden (Reichsgericht Leipzig, A III, S. 801). Der Begriff der Beweismittel im Sinne des § 274 ist keineswegs auf die in der Civilprocessordnung ausdrücklich erwähnten und behandelten Beweismittel, die für das regelmäßige Beweisverfahren bestimmt sind, beschränkt (Reichsgericht Leipzig, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 207). Bescheinigungen der verschiedensten Art, auch die schriftliche Versicherung eines Zeugen an Eidesstatt (Reichsgericht zu Leipzig, A VII, S. 143) sind zulässig.

Digitized by Google

Es kann unter Umständen der Richter eine Behauptung auch ohne alle Beweisaufnahme oder Bescheinigung glaubhaft erachten, und es wird der Richter eine Behauptung, die ihm genügend wahrscheinlich dünkt, dann ohne weitere Erhebungen berücksichtigen dürfen, wenn daraus dem anderen Theile kein sachlicher Nachtheil erwachsen kann. Aber immer ist vorauszusetzen, dass seitens des Richters eine Prüfung der Umstände des Falles stattfindet, und von einer Glaubhaftmachung wird nur unter zweierlei Voraussetzungen gesprochen werden können; einmal muss die bewusste Absicht des Behauptenden erkennbar sein, den richterlichen Glauben von vornherein für seine thatsächlichen Angaben zu gewinnen, und zweitens muss die Glaubhaftmachung unbedingt mehr enthalten, als die bloße für jeden vorbereitenden Schriftsatz vorgeschriebene Angabe von Beweismitteln (Reichsgericht Leipzig, A III, S. 845).

2. Glaubhaftmachung genügt:

a) für die Befangenheitsgründe bei Ablehnung eines Richters (§ 22 J. N.),
b) für die Angaben und Ansätze des Kostenverzeichnisses (§ 54),
c) für die Behauptung, dass der Aufenthalt einer Person unbekannt ist (§ 115),
d) für Fristerstreckungsgründe (§ 128),
e) für Fristabkürzungsgründe (§ 129),
f) für Tagsatzungserstreckungsgründe (§ 135),
g) für Wiedereinsetzungsgründe (§ 149),
h) bei dem Antrage auf Wiederaufnahme des Verfahrens gegen die Rechtsnachfolger einer verstorbenen Partei (§ 156),
i) für das behauptete Erlöschen eines Unterbrechungsgrundes (§ 164),
k) für das rechtliche Interesse an der begehrten Acteneinsicht (§ 219),
l) für die Unkenntnis im vorbereitenden Verfahren nicht vorgebrachter Umstände (§ 263),
m) für die Hinderungsgründe des Erscheinens der bei einer Beweisaufnahme ausgebliebenen Partei (§ 289),
n) bei dem Antrage auf Urkundenedition (§§ 303, 308),
o) für die Gründe der Verweigerung einer Zeugenaussage (§ 323),
p) bei der verspäteten Ablehnung eines Sachverständigen (§ 355),
q) für die Ablehnungsgründe eines Sachverständigen (§ 356),
r) für die Gründe des Antrages auf Sicherung des Beweises (§ 386),

Digitized by Google

s) für die Einhaltung der Frist zur Erhebung der Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage (§ 538).

In der Executionsordnung genügt Glaubhaftmachung:

a) für eine Gefährdung des betreibenden Gläubigers nach bewilligter Aufschiebung der Execution (§ 44),
b) für die Pfand- und Vorzugsrechte Dritter beim Antrage auf Hinterlegung eines Feilbietungserlöses (§ 258),
c) für die Gründe des Begehrens um Bewilligung (§ 370), um Einstellung oder Aufhebung (§ 376) oder um Einschränkung (§ 377) einer Execution zur Sicherstellung,
d) bei einstweiligen Verfügungen (§ 379).

3. Alle nicht sofort ausführbaren Beweisaufnahmen sind ausgeschlossen. Zeugen, welche erst geladen werden müssen, Urkunden, die der Gegner vorlegen müsste, Beweisaufnahmen durch ersuchte Richter sind zur Glaubhaftmachung ungeeignet. Wo über ein schriftliches Begehren ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden ist oder die Glaubhaftmachung erst über Auftrag des Gerichtes oder über Widerspruch des Gegners zu erfolgen hat, kann jedoch die Vorladung der Zeugen erfolgen.

Beweisaufnahme.

§ 275. Von den Parteien angebotene, jedoch dem Gerichte unerheblich scheinende Beweise sind ausdrücklich zurückzuweisen.

Die Aufnahme angebotener Beweise kann vom Gerichte auf Antrag oder von amtswegen verweigert werden, wenn es die Ueberzeugung gewinnt, dass die Beweise nur in der Absicht, den Process zu verschleppen, angeboten werden.

1. Die ausdrückliche Zurückweisung angebotener unerheblicher Beweise scheint nothwendig, um über den für die Anfechtung des ergehenden Urtheiles und für dessen Ueberprüfung wichtigen Umstand Licht zu verbreiten, ob die Nichtberücksichtigung des angebotenen Beweises auf einem Uebersehen der Anbietung oder auf dem negativen Ergebnisse der Prüfung der Erheblichkeit und Zulässigkeit dieses Beweises beruht (Regierungsmotive, S. 266).

Die Beweisanbietung ist in das Verhandlungsprotokoll aufzunehmen (§ 208, Z. 2), sofern sie nicht bereits in einem vorbereitenden Schriftsatze erfolgt ist. Desgleichen ist der abweisende Beschluss zu protokollieren (§ 208, Z. 3). Dagegen sind solche wegen Unerheblichkeit abgewiesene Beweise in den Urtheilsthatbestand nicht aufzunehmen.

Digitized by Google

Nicht ausdrücklich abgewiesene Beweise können nach § 496 zur Zurückweisung der Sache an das Processgericht erster Instanz führen.

2. Die Bestimmung des zweiten Absatzes soll in Verbindung mit den Vorschriften der §§ 179, 181 und 278 zur Ausschließung verschleppender Angriffs- und Vertheidigungshandlungen dienen. Die Verweigerung der Beweisaufnahme ist überall untersagt, wo die Verschleppungsabsicht nicht das einzige und ausschließliche Motiv der Beweisanbietung ist (Motive des Herrenhauses, S. 6). Die zurückgewiesenen Beweisanbietungen sind im Urtheilsthatbestande anzuführen (§ 417). Wo die Zurückweisung bereits im Laufe der Verhandlung erfolgt und deshalb durch das Verhandlungsprotokoll bekundet wird (§ 208, Z. 3), braucht der Beweisanbietung und ihrer Erledigung nicht etwa im Thatbestande des Urtheiles besonders gedacht zu werden (Regierungsmotive, S. 266).

3. Die Zurückweisung unerheblicher Beweise und die Verweigerung der Aufnahme angebotener Beweise kann durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 291). Das Berufungsgericht kann jedoch gemäß § 488 solche von den Parteien erfolglos angebotenen Beweise zulassen. Werden die Beweise zugelassen, so kann die Partei, auch wenn sie obsiegt, zum Kostenersatze verhalten werden (§ 44).

§ 276. Die Beweise, welche das Gericht für erheblich hält, sind im Laufe der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte aufzunehmen, sofern nicht:

1. das Gericht in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzes eine Beweisaufnahme außerhalb der Verhandlungstagsatzung anordnet, oder

2. Beweise bereits in einem vorbereitenden Verfahren aufgenommen wurden und ihre wiederholte Aufnahme nach den Bestimmungen dieses Gesetzes unstatthaft ist oder doch dem Gerichte entbehrlich scheint.

Wird die Aufnahme eines Beweises außerhalb der Verhandlungstagsatzung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter nothwendig, so ist vom Processgerichte das Erforderliche zu verfügen.

1. Die Beweisaufnahme soll in der Regel in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte stattfinden; das ist nicht bloß eine theoretische Consequenz des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, sondern an und für sich im Interesse der Rechtssprechung zu postulieren (Regierungsmotive, S. 266). Die Beseitigung der die Glaubwürdigkeit der Zeugen betreffen-

Digitized by Google

den Beweisregeln hat zur Voraussetzung, dass das Processgericht zur Gewinnung der erforderlichen persönlichen Eindrücke die Beweisaufnahme, namentlich die Vernehmung, unmittelbar vornimmt, zumal das Protokoll über eine Zeugenaussage fast niemals ein unbedingt getreues Bild derselben gibt (Wilmowski, S. 561).

2. Die Beweisaufnahme durch einen ersuchten oder beauftragten Richter ist zulässig:

a) beim Urkundenbeweise gemäß § 300 wegen erheblicher Hindernisse oder der Besorgnis des Verlustes der Urkunde;
b) beim Zeugenbeweise gemäß § 328 wegen der Vernehmung des Zeugen an Ort und Stelle, wegen erheblicher Schwierigkeiten, wegen unverhältnismäßiger Kosten und wenn der Zeuge vor dem erkennenden Gerichte nicht erscheinen kann oder kraft besonderer Anordnungen nicht zu erscheinen braucht;
c) beim Sachverständigenbeweise nach § 352 und beim Beweise durch Augenschein nach § 368 wegen Aufnahme des Beweises an Ort und Stelle und wegen erheblicher Schwierigkeiten;
d) bei dem Beweise durch Einvernahme der Parteien gemäß § 375 wegen unübersteiglicher Hindernisse oder unverhältnismäßiger Kosten.

3. Außer den in einem vorbereitenden Verfahren aufgenommenen Beweisen (§§ 245, Abs. 3, 250) sind auch die zur Sicherung eines Beweises erfolgten Beweisaufnahmen (§ 389) bei der mündlichen Verhandlung zu benützen. Deren Erneuerung ist nur zur Behebung begründet erscheinender Einwendungen gegen die Vollständigkeit oder Richtigkeit oder zur wahrheitsmäßigen Feststellung des für die Processentscheidung erheblichen Sachverhaltes zulässig (§ 264).

4. Die Beschlussfassung über die Beweisaufnahme durch einen beauftragten Richter steht dem Senate zu (§ 34 J. N.) und es ist nach § 282 in der Regel ein Mitglied des Senates mit der Beweisaufnahme zu betrauen. Der Beschluss über die Beweisaufnahme durch einen ersuchten Richter hat gleichfalls durch den Senat zu erfolgen, um die Beweisaufnahme ist regelmäßig das Bezirksgericht (§ 37 J. N.) zu ersuchen. Der Beschluss, dass die Beweisaufnahme durch einen beauftragten oder ersuchten Richter stattzufinden hat, kann durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 291).

Die Ersuchschreiben hat der Vorsitzende des Senates zu erlassen und in der Regel in Urschrift abzusenden (§§ 79, 58 G. V. G.).

Digitized by Google

§ 277. Die Beweisaufnahme wird durch Beschluss angeordnet (Beweisbeschluss). In diesen Beschlüssen sind die streitigen Thatsachen, über welche der Beweis zu erheben ist, und die Beweismittel genau zu bezeichnen.

An die einem Beweisbeschlusse zugrunde liegende Auffassung ist das Gericht im weiteren Verlaufe des Rechtsstreites nicht gebunden.

Solche Beschlüsse bedürfen nur dann einer schriftlichen Ausfertigung, wenn die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter stattfinden soll. In diesem Falle ist auch der aus der Verhandlung sich ergebende Sachverhalt insoweit in die Ausfertigung aufzunehmen, als die Kenntnis dieses Sachverhaltes dem Richter zur Leitung und vollständigen Durchführung der Beweisaufnahme nothwendig ist.

Gegen Beweisbeschlüsse ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

1. Der Beweisbeschluss ist immer zu fassen, mag die Beweisaufnahme sofort in der mündlichen Verhandlung angeordnet oder zum Zwecke der Beweisaufnahme die Verhandlung vertagt werden. Auch betreffs der vom Vorsitzenden nach § 183 vorbereiteten Beweisaufnahmen wird ein Beweisbeschluss nothwendig sein (§ 183, Anm. 7). Nur wenn die Urkunde von der Partei vorgelegt wird (§ 297), dürfte ein Beweisbeschluss entfallen.

2. Hat die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gerichte zu erfolgen, so ist der Beweisbeschluss lediglich zu verkünden und in das Protokoll aufzunehmen oder dem Protokolle gleichzeitig mit der Verkündung in schriftlicher Fassung beizulegen (§ 208). Die schriftliche Ausfertigung ist nur für jene Beweisbeschlüsse vorgeschrieben, welche die Beweisaufnahme einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen, wo sodann auf dieselben im Protokolle Bezug genommen werden kann. Eine Zustellung des Beweisbeschlusses an die bei der Verkündung desselben anwesenden Parteien ist nach § 444 nur im Verfahren vor Bezirksgerichten vorgeschrieben, wenn die Darstellung des Sachverhaltes diesem Beschlusse vorbehalten wurde.

Der Beweisbeschluss soll keine Angaben darüber enthalten, welche Thatsachen und wie weit dieselben für erheblich erachtet werden und ebensowenig eine Bezeichnung der Beweislast. Derselbe hat außer dem sachlichen Inhalt die Art der Beweisaufnahme, den beauftragten Richter oder das ersuchte Gericht zu bezeichnen, die Tagsatzung zur Beweisaufnahme und zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung (§ 281) zu bestimmen.

Digitized by Google

Auch der beauftragte Richter kann sofort die Tagsatzung zur Beweisaufnahme anordnen und verkünden..

§ 278. Alle nicht sogleich bei der Verhandlung selbst ausführbaren und insbesondere die außerhalb der Verhandlungstagsatzung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter vorzunehmenden Beweisaufnahmen sind, sofern nicht die Umstände einen anderen Vorgang nothwendig machen oder dem Gerichte zweckmäßig erscheinen lassen, erst nach vollständiger Erörterung des Sachverhaltes und mittels eines und desselben Beweisbeschlusses anzuordnen.

Behufs Erörterung der Ergebnisse solcher Beweisaufnahmen ist nach deren Vollendung, wenn nicht die Voraussetzungen des § 193, Abs. 3 vorliegen, die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte von amtswegen wieder aufzunehmen. Die bei dieser Verhandlung vorgebrachten neuen thatsächlichen Anführungen und Beweisanbietungen können auf Antrag oder von amtswegen durch Beschluss als unstatthaft erklärt werden, wenn das neue Vorbringen durch die Ergebnisse der inzwischen stattgefundenen Beweisaufnahme nicht veranlasst ist und offenbar in der Absicht, den Process zu verschleppen, nicht früher vorgebracht wurde.

1. Die Zusammenfassung der Entscheidung über alle von den Parteien angebotenen Beweise soll die Regel bilden und es soll der Beweisbeschluss erst nach vollständiger Erörterung des Sachverhaltes gefasst werden.

Es wird dadurch ermöglicht, dass das Gericht über den Umfang der Beweisthemata, über die Beweismittel und die Erheblichkeit der angebotenen Beweise möglichst im klaren ist, ehe es über die Zulassung der Beweise entscheidet. Ausgenommen sind nur die bei der Verhandlung sogleich ausführbaren Beweise. Doch hat das Gericht auch diesbezüglich nach freiem Ermessen zu entscheiden. Ausgeschlossen erscheint die Zulassung der Parteieneinvernahme gleichzeitig mit anderen Beweisen, nachdem dieselbe erst dann verfügt werden kann, wenn der Beweis durch die anderen Beweisaufnahmen nicht hergestellt ist (§ 371).

Hat die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gerichte zu erfolgen, so ist die Tagsatzung zur Aufnahme des Beweises und zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung zu bestimmen (§ 281). Auch wenn die Beweisaufnahme durch einen ersuchten oder beauftragten Richter erfolgen soll, kann sofort bei Verkündung des Beweisbeschlusses die Tagsatzung zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung angeordnet werden, sonst hat dies

Digitized by Google

nach dem Einlangen der Beweisaufnahme-Acten von amtswegen zu erfolgen; immer aber müssen die Parteien nach dem Einlangen der Acten verständigt werden, dass dieselben zu ihrer Einsichtnahme aufliegen (§ 286). Verzichten jedoch beide Parteien auf die Verhandlung über das Ergebnis der Beweisaufnahme oder hält der Senat eine solche Verhandlung für entbehrlich, so kann der Schluss der Verhandlung ausgesprochen werden, auch wenn im Requisitionswege (ersuchter Richter) eine Beweisaufnahme angeordnet wird (§ 193, Anm. 3).

2. Beweisanbietungen werden — wie die Erfahrung lehrt — gern und oft dazu verwendet, Processverzögerungen zu bewirken. Man beruft sich für erheblich scheinende Umstände auf Beweise, deren Herbeischaffung oder Aufnahme geraume Zeit in Anspruch nimmt, namentlich auf Zeugen, die in fernen Ländern wohnen oder deren Adresse unrichtig angegeben wird, wodurch sich ihre Einvernehmung hinausschiebt (Regierungsmotive, S. 267).

Zur Ausschließung verschleppender Angriffs- und Vertheidigungshandlungen dienen die Vorschriften des zweiten Absatzes, sowie die Bestimmungen der §§ 179, 181, 275. Mit Hilfe des Zurückweisungsrechtes wird es das Gericht verhindern können, dass aus der Verhandlung, welche zur Erörterung der Ergebnisse einer Beweisaufnahme in der Regel anzuordnen ist, durch bis nun aufgesparte Beweisanbietungen eine neue mündliche Streitverhandlung werde, mit neuem Beweisbeschlusse und neuem Beweisverfahren (Regierungsmotive, S. 268). Um die Zurückweisung zu rechtfertigen, muss offenbare Verschleppungsabsicht obwalten (Motive des Herrenhauses, S. 5). Gegen die Zurückweisung ist ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 291). Die zurückgewiesenen Anführungen und Beweisanbietungen sind im Urtheilsthatbestande aufzunehmen (§ 417), sofern die Zurückweisung nicht bereits im Laufe der Verhandlung erfolgt und deshalb durch das Protokoll bekundet wird (§ 208, Z. 3). Bei Zulassung solchen verspäteten Vorbringens ist die Partei kostenersatzpflichtig (§ 44).

§ 279. Steht der Aufnahme des Beweises ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegen, ist die Ausführbarkeit einer Beweisaufnahme zweifelhaft, oder soll die Beweisaufnahme außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes erfolgen, so hat das Gericht im Beweisbeschlusse auf Antrag eine Frist zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablauf die Verhandlung auf Begehren einer der Parteien ohne Rücksicht auf die ausstehende Beweisaufnahme fortgesetzt wird.

Digitized by Google

Bei der fortgesetzten mündlichen Verhandlung kann dann dieser Beweis nur benützt werden, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.

1. Unmögliche Beweise können abgelehnt werden. Falls Beweise angeboten werden, über welche das Gericht nach Lage der Sache kaum wird hinweggehen können, betreffs deren aber zugleich die Besorgnis begründet erscheint, dass die Aufnahme des Beweises entweder nicht oder doch nur mit großem Zeitaufwande ausführbar sein werde, kann der Gegner des Beweisführers bereits während der Verhandlung den Antrag stellen, dass das Gericht bei der Zulassung der Beweise schon im Beweisbeschlusse für die Beweisaufnahme eine Frist bestimme (Regierungsmotive, S. 268). Das Gericht muss die Frist bestimmen, wenn ein diesbezüglicher Antrag gestellt ist. Der betreffende Beschluss kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 291), doch ist die Frist als richterliche erstreckbar. Die Vorschrift ist hauptsächlich bei Beschaffung von Urkunden (§ 300), bei Klagen auf Herausgabe von Urkunden (§ 309), bei der Verweigerung der Zeugenaussage (§ 326), bei anderweitigen Verzögerungen der Vernehmung von Zeugen (§ 335) und bei Abforderung von Kostenvorschüssen (§§ 332, 365, 368) anwendbar. Im Falle einer Beweisaufnahme im Auslande nach § 283 muss das Gericht von amtswegen eine solche Frist bestimmen.

Die Fortsetzung der Verhandlung wird von amtswegen angeordnet (§ 281), wenn die Beweisaufnahme durchgeführt ist, sonst ist nach Ablauf der Frist ein Antrag erforderlich. Gegen die Zulassung oder Ausschließung eines solchen Beweises ist ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 291). Der zurückgewiesene Beweis ist in den Urtheilsthatbestand aufzunehmen (§ 417) und kann in der Berufungsinstanz nachgetragen werden (§ 488).

§ 280. Das Processgericht kann auf Antrag gestatten, dass die Beweisaufnahme von einem oder mehreren beeideten Stenographen aufgezeichnet werde. Ein Stenograph, welcher nicht im allgemeinen für diese Aufgabe beeidet ist, hat einen Eid dahin zu leisten, dass er das mündlich Vorgebrachte treu aufzeichnen und das Aufgezeichnete richtig übertragen werde. Die Beeidigung entfällt, wenn ein gerichtlicher Beamter als Stenograph bestellt ist.

Die Bestellung der Stenographen erfolgt auf Vorschlag des Antragstellers durch den Vorsitzenden.

Die Uebertragung der stenographischen Aufzeichnung in gewöhnliche Schrift ist binnen achtundvierzig Stunden nach

Digitized by Google

der Aufzeichnung dem Vorsitzenden oder dem mit der Beweisaufnahme betrauten Richter zu übergeben und den Acten beizulegen.

Sofern die stenographische Aufzeichnung nicht von beiden Parteien übereinstimmend beantragt wird, hat die antragstellende Partei sämmtliche dadurch verursachten Kosten zu bestreiten, ohne selbst für den Fall ihres Sieges Anspruch auf Erstattung dieser Kosten erheben zu können.

Die Bewilligung der stenographischen Aufzeichnung steht nur dem Processgerichte, also bei Gerichtshöfen dem Senate, und zwar selbst dann zu, wenn die Beweisaufnahme einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen worden ist. Dieselbe ist nur für die Beweisaufnahme, nicht auch für die mündliche Verhandlung zulässig und es kann der betreffende Beschluss durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 291). Die Beeidigung des oder der Stenographen erfolgt unter den im Gesetze v. 3. Mai 1868, Nr. 33, R.-G.-Bl., bestimmten Förmlichkeiten (Art. XL E.-G.). Die Uebertragung des Stenogrammes ist eine Beilage des Protokolles und daher nach § 217 von amtswegen zu beachten. Dieselbe ist weder vorzulesen noch den Parteien zur Einsicht vorzulegen und wird weder von den Zeugen oder Sachverständigen, noch von den Parteien und Gerichtspersonen unterschrieben. Die stenographische Aufzeichnung kann daher auch das Protokoll nicht ersetzen.

Wird die stenographische Aufzeichnung von beiden Parteien übereinstimmend beantragt, so gehören die Kosten derselben zu den Gerichtskosten, sind daher zuzusprechen, falls sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendig waren.

§ 281. Wenn zum Zwecke einer vor dem erkennenden Gerichte erfolgenden Beweisaufnahme eine Tagsatzung erstreckt werden muss, ist die Tagsatzung, in welcher die Beweisaufnahme stattfinden soll, zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung zu bestimmen.

Muss jedoch die Beweisaufnahme durch einen beauftragten oder ersuchten Richter geschehen und lässt sich der Zeitpunkt der Beendigung derselben nicht mit Sicherheit bestimmen, so ist die Tagsatzung zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte nach dem Einlangen der Beweisaufnahme-Acten und Protokolle durch den Vorsitzenden von amtswegen anzuberaumen und den Parteien bekanntzugeben.

1. Für Beweisaufnahmen vor dem erkennenden Gerichte, sofern dieselben nicht sofort in der mündlichen Verhandlung stattfinden können und daher eine Erstreckung der Tagsatzung

Digitized by Google

nothwendig erscheint, gilt als Regel, dass die erstreckte Tagsatzung zur Beweisaufnahme und zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung zu bestimmen ist; doch muss dies letztere ausdrücklich verkündet werden, damit im Falle des Ausbleibens einer Partei nach durchgeführter Beweisaufnahme der Antrag auf Erlassung des Versäumnisurtheiles gestellt werden könnte, denn die Aufnahme der Beweise erfolgt nach § 289 auch in Abwesenheit der Parteien. Nach Durchführung derselben wird die mündliche Verhandlung sofort fortgesetzt und es treffen die ausgebliebene Partei die Versäumnisfolgen.

Hat die Beweisaufnahme durch einen beauftragten Richter zu erfolgen, der nach § 282 den Mitgliedern des Senates zu entnehmen ist, so wird es sich zur Vermeidung schriftlicher Ladungen empfehlen, wenn bei Erstreckung der Tagsatzung im Einvernehmen mit dem beauftragten Richter sofort die Tagsatzung zur Beweisaufnahme angeordnet wird.

2. Die Anordnung der Tagsatzung zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung nach dem Einlangen der Beweisaufnahmeacten wird bei mittelbaren Beweisaufnahmen die Regel bilden. Mit der Ladung ist den Parteien die Einsichtnahme der Beweisaufnahmeacten freizustellen (§ 286). Die Anordnung der Tagsatzung hat von amtswegen zu erfolgen, sofern nicht die Fortsetzung der Verhandlung entfällt, weil dieselbe bereits bei Verkündung des Beweisbeschlusses nach § 193 geschlossen worden ist.

Beweisaufnahme durch einen ersuchten oder beauftragten Richter.

§ 282. Mit Beweisaufnahmen, welche außerhalb der Verhandlungstagsatzung am Orte des Processgerichtes oder in dessen Nähe stattzufinden haben, ist ein Mitglied des Processgerichtes, und zwar in der Regel ein Mitglied des zur Entscheidung der Rechtssache berufenen Senates zu beauftragen.

Beweisaufnahmen können durch einen beauftragten Richter angeordnet werden in den bei § 276, Anm. 3, angeführten Fällen.

Beweisaufnahmen im Sprengel des oder der am Sitze des Gerichtshofes befindlichen Bezirksgerichte werden stets durch einen beauftragten Richter zu erfolgen haben, weil nach § 36 J. N. der Vollzug von Amtshandlungen eines Gerichtshofes durch ein im Sprengel desselben gelegenes Bezirksgericht nur dann zulässig ist, wenn dadurch die Behandlung der Sache erleichtert oder unnützer Kostenaufwand vermieden werden kann.

Außerhalb seines Sprengels wird das Gericht Beweisaufnahmen durch einen beauftragten Richter nur dann vornehmen

Digitized by Google

lassen können, wenn Gefahr im Verzuge obwaltet oder wenn eine Beweisaufnahme, z. B. ein Augenschein an der Grenze des Gerichtsbezirkes stattfinden soll (§ 33 J. N.). Der betreffende Beschluss steht nach § 34 J. N. dem Senate zu und kann durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 291).

Im Sinne der Bestimmung des § 282 wird es auch gelegen sein, ein etwa einzuleitendes vorbereitendes Verfahren einem Mitgliede des zur Entscheidung berufenen Senates zu übertragen (Regierungsmotive, S. 267).

§ 283. Ersuchschreiben, welche wegen einer Beweisaufnahme erlassen werden, die außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes stattfinden soll, können dem Beweisführer auf seinen Antrag behufs Uebermittlung an die ersuchte Behörde übergeben werden.

Auf Antrag des Beweisführers kann ferner das Gericht gestatten, dass von der Erlassung eines Ersuchschreibens abgesehen und der Beweisführer ermächtigt werde, eine den Gesetzen des Staatsgebietes, in welchem die Beweisaufnahme erfolgen soll, entsprechende öffentliche Urkunde über die Beweisaufnahme beizubringen. Der Beweisführer hat den Gegner, wenn möglich, von Ort und Zeit der Beweisaufnahme so zeitig zu benachrichtigen, dass letzterer seine Rechte bei der Beweisaufnahme in geeigneter Art wahrzunehmen vermag. Ist die Benachrichtigung unterblieben, so hat das erkennende Gericht nach sorgfältiger Erwägung aller Umstände zu entscheiden, ob und inwieweit der Beweisführer zur Benützung der aufgenommenen Beweise in der mündlichen Verhandlung berechtigt sei.

Für die Vorlegung der Acten über die Beweisaufnahme ist in beiden Fällen im Beweisbeschlusse eine Frist zu bestimmen, deren fruchtloser Ablauf die im § 279 bezeichneten Rechtsfolgen nach sich zieht.

1. Soll die Beweisaufnahme durch ein ersuchtes Gericht stattfinden, so ist in der Regel (§ 37 J. N.) das zuständige Bezirksgericht mittels Ersuchschreibens unter Mittheilung des Beweisbeschlusses nebst dem erforderlichen Sachverhalte (§ 277) um die Aufnahme des Beweises anzugehen. Der Beschluss ist bei Gerichtshöfen durch den Senat zu fassen, das Ersuchschreiben vom Vorsitzenden zu erlassen.

Für den Verkehr mit ausländischen Behörden sind nach Art. XXXV, Einf.-Ges. die bestehenden und in Zukunft zu erlassenden Anordnungen maßgebend. Bei einer außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes zu vollziehenden Beweis-

Digitized by Google

aufnahme kann es sich mit Rücksicht auf die Gesetzgebung des Territoriums, in welchem der Beweis aufzunehmen ist, empfehlen, dem Beweisführer die Besorgung des gerichtlichen Ersuchschreibens zu überlassen (Regierungsmotive, S. 268), jedoch nur auf seinen Antrag.

Dies wird insbesondere dann entsprechend sein, wenn Sitz und Benennung der zuständigen ausländischen Behörde unbekannt sind; sowie dann, wenn eine Beweisaufnahme in fernen uncultivierten Ländern nöthig ist, oder in Ländern, in welchen die Partei die Beweisaufnahme selbst betreiben muss. Gegen den Beschluss steht ein Rechtsmittel nicht zu (§ 291).

2. Namentlich für in England und Amerika vorkommende Fälle wird der Partei die Möglichkeit offen zu halten sein, die Errichtung einer Beweisurkunde ohne richterliche Vermittlung zu bewirken (Regierungsmotive, S. 268). Eine besondere Form der Benachrichtigung ist nicht vorgeschrieben, sie kann jedenfalls auch mittels Schriftsatzes erfolgen. Die Frist, welche als richterliche erstreckbar ist, muss von amtswegen bestimmt werden. Die Fortsetzung der Verhandlung nach fruchtlosem Ablaufe der Frist kann erst über Antrag stattfinden (§ 279), sonst ist sie von amtswegen anzuordnen (§ 281). Gegen die Ausschließung eines solchen Beweises steht ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zu. Der ausgeschlossene Beweis ist in den Urtheilsthatbestand aufzunehmen (§ 417).

§ 284. Dem Richter, welcher eine Beweisaufnahme infolge eines Auftrages oder Ersuchens vollzieht, kommen die Befugnisse zu, welche von dem Vorsitzenden bei einer Beweisaufnahme ausgeübt werden, die vor dem erkennenden Gerichte vor sich geht.

Andere auf die Beweisaufnahme sich beziehende richterliche Verfügungen kann ein solcher Richter insoweit treffen, als sie nicht ausdrücklich dem Processgerichte zugewiesen sind.

§ 285. Ergibt sich bei der Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter ein Streit, von dessen Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängig, zu dessen Entscheidung der mit der Beweisaufnahme betraute Richter jedoch nicht berechtigt ist, so hat über seinen Bericht die Erledigung des Streites durch das Processgericht zu erfolgen. Die Tagsatzung zur Verhandlung über diesen Zwischenstreit ist vom Processgerichte von amtswegen anzuberaumen.

Wenn im Verlaufe der durch einen beauftragten oder ersuchten Richter stattfindenden Beweisaufnahme behufs Durchführung oder Vollendung der Beweisaufnahme an ein anderes Gericht ein Ersuchen gestellt werden muss, so ist dasselbe un-

Digitized by Google

mittelbar von dem mit der Beweisaufnahme betrauten Richter zu stellen. Derselbe ist auch befugt, ein anderes Gericht um die Aufnahme des Beweises zu ersuchen, falls sich Gründe ergeben, welche die Beweisaufnahme vor diesem Gerichte als sachgemäß erscheinen lassen.

1. Der beauftragte oder ersuchte Richter hat außerdem die dem Vorsitzenden und dem Senate betreffs der Sitzungspolizei zustehenden Befugnisse auszuüben (§ 203) und es stehen ihm in Anschung der von ihm zu bestimmenden Fristen und Tagsatzungen die dem Gerichte oder dem Vorsitzenden des Senates in den §§ 123—142 beigelegten Befugnisse zu (§ 143). Er hat die Tagsatzung für die Beweisaufnahme anzuberaumen, für die Ladungen und sonstigen zur Beweisaufnahme erforderlichen Vorkehrungen zu sorgen (§ 288), bei Verlegungen die neue Tagsatzung zu bestimmen (§ 181); er vernimmt die Personen, welche zum Zwecke der Beweisführung auszusagen haben (§ 180), entscheidet über die Zulässigkeit von Fragen (§ 289), über die Beeidigung von Zeugen (§ 337), bestellt den vom Processgerichte zugelassenen Stenographen (§ 280), die Sachverständigen, sofern ihm dies vom Processgerichte überlassen wird (§ 352), und entscheidet in diesem Falle über die Ablehnung derselben (§ 356). Ueber die Rechtmäßigkeit der Weigerung eines Zeugen oder Sachverständigen, auf bestimmte Fragen oder überhaupt zu antworten, entscheidet der ersuchte oder beauftragte Richter (§§ 324, 367). Derselbe entscheidet weiter über den Ersatz der Kosten, für welche der ungerechtfertigt ausgebliebene Zeuge oder Sachverständige den Parteien haftet (§§ 333, 354), verhängt über den ungehorsamen Zeugen oder Sachverständigen Muthwillens- und Ordnungsstrafen (§§ 326, 333, 354) und ordnet die Auszahlung eines Vorschusses an dieselben an (§§ 346, 356).

Zwangsmittel gegen den ungerechtfertigt die Aussage oder den Zeugeneid verweigernden Zeugen kann nur der ersuchte, nicht auch der beauftragte Richter verhängen (§ 325).

2. Dagegen darf der ersuchte oder beauftragte Richter keine Frist für die Beweisaufnahme bestimmen (§§ 279, 283, 335), die stenographische Aufzeichnung der Beweisaufnahme nicht anordnen (§ 280), die Ergänzung der Beweisaufnahme nur bis zur Beendigung derselben zulassen (§ 289), die Vorlage einer in den Händen einer dritten Person befindlichen Urkunde nicht verfügen (§ 308).

Das erkennende Gericht hat über den Ersatz der Kosten, für welche der sich ungerechtfertigt weigernde Zeuge oder

Digitized by Google

Sachverständige den Parteien haftet (§ 326, 354), und über die Verhängung von Zwangsmitteln gegen den ungerechtfertigt die Aussage oder den Zeugeneid einem beauftragten Richter verweigernden Zeugen (§ 325) zu entscheiden.

Der von einem Schiedsgerichte um eine Beweisaufnahme ersuchte Richter hat nach § 589 auch die dem Processgerichte vorbehaltenen Entscheidungen zu fällen.

3. Gegen die Requisitionen anderer Gerichte um die Aufnahme eines Beweises seitens des beauftragten oder ersuchten Richters ist ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 291).

Ueber die einstweilige Zulassung eines Bevollmächtigten nach § 38 hat der beauftragte Richter zu entscheiden (§ 37, Ges. v. 27. Nov. 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.). Die Geschäfte des beauftragten oder ersuchten Richters dürfen Auscultanten nicht übertragen werden (§ 3, Ges. v. 27. Nov. 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.).

§ 286. Der Vorsitzende hat die von dem beauftragten oder ersuchten Richter vorgelegten Protokolle und sonstigen Acten über die Beweisaufnahme zu prüfen und, falls er Mängel wahrnimmt, die erforderlichen Verbesserungen oder Vervollständigungen zu veranlassen. Die Beweisaufnahme-Acten sind sodann unter gleichzeitiger Verständigung der Parteien bis zur nächsten, zur mündlichen Verhandlung bestimmten Tagsatzung der Einsichtnahme der Parteien offen zu halten.

Ueber den in der Zwischenzeit von einer Partei gestellten Antrag, einzelne Mängel der Beweisaufnahme zu beheben oder diese Beweisaufnahme zu ergänzen, hat der Vorsitzende zu entscheiden. Die hiedurch etwa nothwendig werdenden Verfügungen sind gleichfalls vom Vorsitzenden ohne Aufschub zu erlassen. Der Antrag kann auch mündlich angebracht werden.

Ergibt sich erst bei der mündlichen Verhandlung die Nothwendigkeit einer Ergänzung oder Wiederholung der Beweisaufnahme, so hat das Gericht die der Sachlage entsprechenden Anordnungen zu treffen. Dasselbe kann auch anordnen, dass die Ergänzung oder Wiederholung der Beweisaufnahme in der mündlichen Verhandlung selbst stattfinde.

Ueber Ergänzungen der Beweisaufnahme durch den ersuchten oder beauftragten Richter hat vor der mündlichen Verhandlung über Antrag oder von amtswegen regelmäßig der Vorsitzende zu entscheiden. Die einzige Ausnahme trifft § 289 betreffs der dem Senate vorbehaltenen Ergänzung der Beweisaufnahme, wenn eine Partei derselben nicht anwohnen konnte. In allen anderen Fällen übt der Vorsitzende bis zur mündlichen

Digitized by Google

Verhandlung die dem erkennenden Gerichte diesbezüglich zustehenden Befugnisse aus.

Er kann die nachträgliche Beeidigung eines unbeeidet vernommenen Zeugen anordnen (§ 338) und die wiederholte Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen verfügen, wenn er die von dem beauftragten oder ersuchten Richter für gerechtfertigt erkannte Weigerung der Aussage oder der Beantwortung einzelner Fragen für unzulässig erachtet, wenn Zeugen oder Sachverständige nicht ordnungsmäßig oder nicht vollständig vernommen wurden, wenn die Aussagen in Bezug auf wesentliche Punkte an Unbestimmtheit, Unklarheit oder Zweideutigkeit leiden, oder wenn die vernommene Person selbst eine Ergänzung oder Berichtigung ihrer Aussagen für nothwendig erachtet (§§ 344, 367).

Alle diese Befugnisse sowie auch der Beschluss auf Wiederholung der Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gerichte bezüglich eines im vorbereitenden Verfahren aufgenommenen Beweises (§ 264) und bezüglich einer zur Sicherung erfolgten Beweisaufnahme (§ 389) stehen in der mündlichen Verhandlung dem Senate zu.

Gegen die Anordnung der Ergänzung oder Wiederholung ist jedes Rechtsmittel, gegen deren Verweigerung ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 291). Im Berufungsverfahren kann eine Ergänzung oder Wiederholung der in erster Instanz durchgeführten Beweisaufnahme angeordnet werden (§ 488).

§ 287. Das Ergebnis einer nicht vor dem erkennenden Gerichte erfolgten Beweisaufnahme hat der Vorsitzende auf Grund der diese Beweisaufnahme betreffenden Protokolle und sonstigen Acten bei der mündlichen Verhandlung zu geeigneter Zeit darzulegen.

Wenn diese Darlegung nach Ansicht einer der Parteien in erheblichen Punkten vom Inhalte der Acten abweicht, sind auf ihren Antrag die Beweisaufnahme-Protokolle und die sonstigen die Beweisaufnahme betreffenden Acten dem vollen Inhalte nach vorzulesen.

Den Parteien bleibt es unbenommen, schon vor dieser Darlegung des Vorsitzenden in ihren Vorträgen auf den Inhalt der Beweisaufnahme-Acten Bezug zu nehmen.

Erachtet der Vorsitzende die Beweisaufnahme für vollständig und wurde die mündliche Verhandlung nicht bereits bei Fassung des Beweisbeschlusses geschlossen (§ 193), so ordnet er die Tagsatzung zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung von

Digitized by Google

amtswegen an (§ 281) und verständigt hievon die Parteien mit dem Beifügen, dass die Beweisaufnahmeacten eingesehen werden können. Ist aber die Tagsatzung zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bereits gleichzeitig mit dem Beweisbeschlusse angeordnet worden (§ 281), so müssen die Parteien nur von dem Einlangen der zur Einsichtnahme erliegenden Beweisaufnahmeacten verständigt werden.

Die Darlegung der Ergebnisse des aufgenommenen Beweises, auch eines solchen im vorbereitenden Verfahren (§ 362) oder zur Sicherung des Beweises (§ 389), hat vom Vorsitzenden zur geeigneten Zeit und zwar selbst dann zu erfolgen, wenn eine Partei zur Tagsatzung nicht erschienen ist (§ 401).

Verfahren bei der Beweisaufnahme.

§ 288. Für die zum Zwecke einer Beweisaufnahme erforderlichen Ladungen und für alle anderen zur Beweisaufnahme erforderlichen Vorkehrungen hat, falls die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gerichte stattfindet, der Vorsitzende des Senates, außerdem aber der Richter, welchem die Beweisaufnahme obliegt, von amtswegen Sorge zu tragen. Letzterer hat auch die Tagsatzung für die Beweisaufnahme von amtswegen anzuberaumen.

Die Parteien können die von ihnen benannten Zeugen oder die Personen, welche sie dem Gerichte bei der Verhandlung als Zeugen namhaft machen oder als Sachverständige in Vorschlag bringen wollen, auch ohne vorherige gerichtliche Vorladung zur Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte mitbringen.

Zu laden sind zu der Beweisaufnahme die zu vernehmenden Personen und die Parteien, nachdem dieselben bei der Beweisaufnahme zugegen sein können (§ 289). Ist die Ladung der Parteien unterblieben, so kann mit der Beweisaufnahme nicht vorgegangen werden.

Ein Zwangsmittel für das Erscheinen der Parteien dürfte selbst dann nicht zulässig sein, wenn ohne ihre Abwesenheit der Beweis nicht aufgenommen werden kann, da die Parteien zum persönlichen Erscheinen nach § 183 nur aufgefordert werden können.

§ 289. Die Parteien können bei der Beweisaufnahme zugegen sein; sie können an die Zeugen und Sachverständigen diejenigen Fragen durch den Vorsitzenden oder den die Beweisaufnahme leitenden Richter stellen lassen oder mit deren Zustimmung selbst stellen, welche sie zur Aufklärung oder Vervoll-

Digitized by Google

ständigung der Aussage, sowie zur Aufklärung des Streitverhältnisses oder der für die Beweiskraft der Aussagen wesentlichen Verhältnisse für dienlich erachten. Fragen, welche dem Richter unangemessen erscheinen, hat er zurückzuweisen.

Mit der Beweisaufnahme ist, soweit dies nach Lage der Sache geschehen kann, vorzugehen, wenn auch keine der verständigten Parteien erschienen ist. Es kann jedoch vom erkennenden Gerichte, oder, so lange die Beweisaufnahme noch nicht beendet ist, auch von dem beauftragten oder ersuchten Richter eine Ergänzung der Beweisaufnahme zugelassen werden, wenn die Partei glaubhaft macht, dass ihr durch ein unvorhergesehenes Ereignis verursachtes Nichterscheinen eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme zur Folge hatte und wenn zugleich die Ergänzung der Beweisaufnahme ohne erhebliche Verzögerung des Rechtsstreites stattfinden kann.

1. Die Parteien haben ein Recht, bei der Beweisaufnahme zugegen zu sein. Eine Ausnahme hievon besteht gemäß § 341 bei der Einvernahme solcher Zeugen, welche nicht verpflichtet sind, zur Abgabe einer Zeugenaussage vor Gericht zu erscheinen. Nur in diesem Falle ist die Ueberreichung schriftlicher Fragestücke gestattet.

Das Fragerecht steht auch im Anwaltsprocesse sowohl der Partei als dem Advocaten zu. Dem Vorsitzenden, Einzelrichter, ersuchten oder beauftragten Richter bleibt die Leitung der Verhandlung. Er kann daher die Vorlegung der Fragen bis nach Beendigung der von ihm vorgenommenen Vernehmung aufschieben.

2. Ob eine Frage unangemessen sei, hat zunächst von amtswegen der Vorsitzende des Senates zu entscheiden. Unzulässig sind alle Fragen, über die ein Zeuge nicht vernommen werden darf (§ 320), oder deren Beantwortung er verweigern kann (§ 321), weiters Fragen, welche die im Beweisbeschlusse bezeichneten Thatsachen oder die für die Beweiskraft der Aussage wesentlichen Verhältnisse weder unmittelbar noch mittelbar betreffen. Ueber die Zurückweisung einer Frage durch den Vorsitzenden entscheidet auf Antrag der Senat (§ 342). Desgleichen entscheidet der Senat, wenn die Zulässigkeit der Frage von den Parteien oder der zu vernehmenden Person bestritten wird (§§ 324, 342). Auch gegen unzulässige Fragen des Vorsitzenden steht den Parteien und der zu vernehmenden Person das Bestreitungsrecht zu, in welchem Falle der Senat zu entscheiden hat (§§ 186, 342). Unzulässige Fragen der beisitzenden Richter hat der Vorsitzende (§ 289), und im Falle der Bestreitung seines Beschlusses der Senat zurückzuweisen.

Digitized by Google

Die Befugnisse des Vorsitzenden und Senates stehen bei Bezirksgerichten dem Einzelrichter, bei mittelbaren Beweisaufnahmen dem beauftragten oder ersuchten Richter (§§ 249, 342) zu. Die diesbezüglichen Verfügungen können durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 291). Die Entscheidung des ersuchten oder beauftragten Richters gilt aber als eine bloß vorläufige und kann durch das erkennende Gericht abgeändert werden (§ 342).

3. Die Beweisaufnahme soll ohne Rücksicht auf das Erscheinen der Parteien erfolgen, sofern sie nur ordnungsmäßig geladen waren.

Vor dem erkennenden Gerichte ist der Beweis auch dann aufzunehmen, wenn die allein erschienene Partei die Fällung des Versäumnisurtheiles beantragt, über welchen Antrag erst nach der Beweisaufnahme zu entscheiden ist. Die Abwesenheit der Partei kann unter Umständen die Beweisaufnahme selbst hindern, so, wenn es sich um die Identificierung der fraglichen Partei handelt. Ebenso liegt es in der Natur der Sache, dass die Beweisaufnahme nur insofern vollzogen werden dürfe, als dies mit Sicherheit geschehen kann. Es lässt sich demnach auch nur nach concreten Verhältnissen beurtheilen, ob mit dem Ausbleiben von der Beweisaufnahme für die Partei ein Nachtheil verbunden sei (Regierungsmotive, S. 269).

Soweit bei einer Beweisaufnahme die Gegenwart der Partei erforderlich ist, z. B. wegen Vorzeigens von Sachen, wegen Bezeichnung eines bestimmten Ortes, ist die ausgebliebene Partei nach § 144 der durch ihr Ausbleiben unmöglich gemachten Benützung des Beweismittels verlustig. Das Ausbleiben des Gegners der beweisführenden Partei, dessen Gegenwart zur Beweisaufnahme erforderlich ist, wird nach § 272 zu würdigen sein.

4. Erscheint die Partei dadurch benachtheiligt, dass sie auf die Beweisaufnahme keinen Einfluss nehmen konnte, oder hat ihre Abwesenheit in anderer Beziehung die Unvollständigkeit der Beweisaufnahme verursacht, so wird immerhin eine Ergänzung der Beweisaufnahme stattfinden können, falls zugleich die Abwesenheit der Partei eine unverschuldete ist und durch die Ergänzung nicht wieder andere wichtige Interessen verletzt würden (Regierungsmotive, S. 269). Das unvorhergesehene Ereignis (§ 146) und die wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme sind glaubhaft zu machen (§ 274). Gegen die Bewilligung ist jedes Rechtsmittel, gegen die Verweigerung ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 291).

Digitized by Google

In anderen Fällen der Ergänzung einer Beweisaufnahme entscheidet der Vorsitzende (§§ 256, 286) und in der mündlichen Verhandlung der Senat (§ 286).

§ 290. Aus dem Umstande, dass die von einer ausländischen Behörde vorgenommene Beweisaufnahme nach den ausländischen Gesetzen mangelhaft ist, kann gegen dieselbe dann kein Einwand erhoben werden, wenn die Beweisaufnahme den für das Processgericht geltenden Gesetzen entspricht.

Der § 290 betrifft die Form der Beweisaufnahme, für welche nach internationalen Grundsätzen das Recht der ausländischen Behörde maßgebend ist. Entspricht sie diesem, so ist sie auch dann als rechtswirksam anzuerkennen, wenn sie auch nach den für das Processgericht geltenden Gesetzen mangelhaft ist (E. d. Reichsgerichtes Leipzig, II, S. 373). Dem Art. 85 W. O. entsprechend genügt es aber auch, wenn die Beweisaufnahme zwar nicht den ausländischen Gesetzen, aber den inländischen entspricht. Es wird sich daher empfehlen, wenn bei der Erlassung von Ersuchschreiben an ausländische Behörden insbesondere darauf aufmerksam gemacht wird, dass nach dem inländischen Gesetze die Parteien bei der Beweisaufnahme zugegen sein und Fragen stellen lassen oder selbst stellen können, und dass Zeugen und Sachverständige zu beeiden sind, wenn nicht beide Parteien auf die Beeidigung verzichten oder eines der im § 336 aufgezählten Eideshindernisse vorliegt.

§ 291. Gegen Beschlüsse, durch welche angebotene Beweise oder gemäß § 278, Abs. 2, neue thatsächliche Anführungen und Beweisanbietungen zurückgewiesen, Beweisaufnahmen angeordnet oder einem beauftragten Richter übertragen oder zum Zwecke der Beweisaufnahme Ersuchschreiben erlassen werden, ferner gegen Beschlüsse, durch welche Fragen der Parteien bei der Beweisaufnahme zurückgewiesen werden, endlich gegen Beschlüsse, durch welche die Benützung eines Beweises nach § 279, Abs. 2, bewilligt oder ausgeschlossen oder eine nach § 286, Abs. 2, in Antrag gebrachte Ergänzung der Beweisaufnahme verweigert wird, ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

Beschlüsse, durch welche die stenographische Aufzeichnung einer Beweisaufnahme gestattet, dem Beweisführer die Bestellung eines Ersuchschreibens gemäß § 283, Abs. 1, übertragen, oder für die Beweisaufnahme oder für die Vorlage der Acten über eine außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes stattfindende Beweisaufnahme eine Frist bestimmt wird, ferner Beschlüsse, durch welche die Ergänzung oder Wiederholung einer Beweis-

Digitized by Google

aufnahme angeordnet wird, können durch ein Rechtsmittel überhaupt nicht angefochten werden.

Sowohl gegen Beweisbeschlüsse (§ 277) als gegen die Zurückweisung angebotener Beweise und neuer thatsächlicher Anführungen (§ 275, 278), Anordnungen der Beweisaufnahme (§ 277), Uebertragungen an einen beauftragten Richter (§ 282), Beweisrequisitionen (§§ 283, 285), gegen die Zurückweisung von Fragen (§ 289), Bewilligung oder Ausschließung der Benützung eines nicht rechtzeitig durchgeführten Beweises (§ 279) ist ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen.

Die im Absatz 2 angeführten Beschlüsse konnten der Anfechtung ganz entzogen werden, da es sich hier entweder um bloße Förmlichkeiten (Bestellung eines Ersuchschreibens) oder um Entscheidungen handelt, welche für den Gegner ohne Belang sind (Bewilligung der stenographischen Aufzeichnung einer Beweisaufnahme, § 280).

Gegen den Beschluss, wodurch für eine Beweisaufnahme oder für die Vorlage der Beweisacten eine Frist bestimmt wird (§ 283), kann die Beschwerdeführung untersagt werden, weil dieser Beschluss an sich die Partei nicht zu schädigen vermag, soferne aber dann infolge der Fristanberaumung die Benützung eines Beweises thatsächlich ausgeschlossen wird (§ 279, Abs. 2, § 283, Abs. 3), dawider allerdings im Sinne des ersten Absatzes Beschwerde erhoben werden kann (Regierungsmotive, S. 269). Beschlüsse, durch welche die Ergänzung oder Wiederholung einer Beweisaufnahme angeordnet wird, können nach §§ 264, 286, 289, 389 gefasst werden. Außerdem ist noch der Beschluss auf Einleitung einer vorbereitenden Beweisaufnahme (§ 247) und auf Sicherung von Beweisen (§ 386) unanfechtbar.

Dritter Titel: **Beweis durch Urkunden.**

Beweiskraft der Urkunden.

§ 292. Urkunden, welche im Geltungsgebiete dieses Gesetzes von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form errichtet sind (öffentliche Urkunden), begründen vollen Beweis dessen, was darin von der Behörde amtlich verfügt oder erklärt, oder von der Behörde oder der Urkundsperson bezeugt wird. Das Gleiche gilt von den Urkunden, welche zwar außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes, jedoch

Digitized by Google

innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse von solchen öffentlichen Organen errichtet wurden, die einer Behörde unterstehen, welche im Geltungsgebiete dieses Gesetzes ihren Sitz hat.

Der Beweis der Unrichtigkeit des bezeugten Vorganges oder der bezeugten Thatsache oder der unrichtigen Beurkundung ist zulässig.

1. Unter Urkunden sind hier und in den folgenden Paragraphen nur schriftliche Urkunden, nicht auch die Auskunftssachen (§ 318) gemeint.

Die Civilprocessordnung gibt nur Regeln über die formelle Beweiskraft der Urkunden, d. h. über die Wirkung, welche eine Urkunde hat, um den darin angegebenen Inhalt als bewiesen anzunehmen (Wilmowski, S. 627). Entspricht eine Urkunde den formellen Erfordernissen, so ist das Gericht gesetzlich verpflichtet, den Inhalt derselben in den vom Gesetze bestimmten Grenzen als feststehend anzunehmen. Es müsste nicht bloß den eigentlichen Geschäfts- sondern den gesammten Rechtsverkehr aufs äußerste irritieren, wenn jede Vorsorge für den künftigen Beweis einer Thatsache deshalb unthunlich wäre, weil sich nicht voraussehen lässt, ob die vorgenommene Beurkundung gerade den Richter zu überzeugen geeignet sei, welcher seinerzeit über die Wahrheit jener Thatsache zu entscheiden haben wird (Regierungsmotive, S. 270).

2. Oeffentliche Urkunden sind solche, welche
a) von einer öffentlichen Behörde,
b) von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person ausgestellt,
c) oder durch besondere gesetzliche Anordnung als öffentliche Urkunden erklärt sind (§ 293).

Oeffentliche Behörde ist jede Staats-, Landes-, Bezirks- oder Gemeindebehörde. Die Geburts-, Trauungs- und Todtenbücher und die auf Grund derselben ausgestellten Urkunden verdienen als öffentliche Urkunden nur über jene Umstände vollen Glauben, worüber sie eigens errichtet sind, nicht aber über die einfließenden, auf bloßes Angeben sich gründenden Nebenumstände (H. D. v. 15. Jänner 1787, Nr. 621 J. G. S. lit. ff.).

Die Führung der Tauf-, Trauungs- und Todtenbücher und die Ausstellung von Auszügen aus denselben ist den Pfarrern, Seelsorgern, Matrikenführern u. s. w. übertragen, u. zwar:

für Katholiken durch das H. D. v. 27. April 1843, Nr. 700 J. G. S., den Pfarrern;

Digitized by Google

für Protestanten Augsburgischen und Helvetischen Bekenntnisses durch den M. E. v. 23. Jänner 1866, Nr. 15 R.-G.-Bl., den Pfarrern;

für Israeliten durch das Gesetz vom 10. Juli 1868, Nr. 12 R.-G.-Bl. pro 1869, den zur Führung derselben obrigkeitlich bestellten und besonders beeideten Matrikenführern;

für die in Wien sich aufhaltenden türkischen Juden durch das H. D. v. 17. November 1845, Nr. 909 J. G. S., der Polizeidirection in Wien;

für Altkatholiken durch die M. V. v. 8. November 1877, Nr. 100, R.-G.-Bl., deren Seelsorgern;

für Personen, welche keiner gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft angehören und für Nothcivilehen durch das Gesetz vom 9. April 1870, Nr. 51, R.-G.-Bl., den Bezirkshauptmannschaften.

Den öffentlichen inländischen Behörden sind gleichgestellt solche öffentliche Organe außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes, die einer inländischen oder Reichsbehörde unterstehen. Es sind dies die Gesandtschaften, Botschaften, Consulate (H. D. v. 27. September 1834, Nr. 2671 J. G. S.), die Militärcommanden in Ungarn u. dgl.

Mit öffentlichem Glauben versehene Personen (Urkundspersonen) sind die Notare (Not.-Ordn. vom 25. Juli 1871, Nr. 75, R.-G.-Bl.), die Gerichtsdiener, Briefträger (§ 110).

3. Gesetzliche Beweiskraft kommt nur derjenigen öffentlichen Urkunde zu, welche innerhalb der Grenzen der Amtsbefugnis der ausstellenden Behörde, innerhalb des Geschäftskreises der Urkundsperson und in beiden Fällen in der vorgeschriebenen Form errichtet ist. Beides bestimmen die diesbezüglichen besonderen Vorschriften. Was insbesondere die Form der Urkunden betrifft, so ist weder die Unterschrift noch das Amtssiegel (H. D. v. 19. April 1799, Nr. 466 J. G. S.), allgemein vorgeschrieben, während für einzelne Urkunden die Beiziehung von Zeugen (§ 56 Not.-Ordn.), eines zweiten Beamten, z. B. bei Cassabestätigungen (M. V. v. 1. Jänner 1888, Nr. 8 R.-G.-Bl.), eines Schriftführers (§ 105 St. P. O.) nothwendig ist.

Formvorschriften, welche nur instructionell zur Vermeidung einer Disciplinarstrafe oder sonstiger besonderer Wirkungen vorgeschrieben sind, können im § 292 nicht gemeint sein (Wilmowski, S. 629).

4. Das Gesetz unterscheidet Verfügungen, Erklärungen und Zeugnisse.

Digitized by Google

Durch eine öffentliche Urkunde, welche einen dispositiven Act der Behörde (*Verfügung*) enthält, wird unter der Voraussetzung der Echtheit (§§ 310, 311) unanfechtbar bewiesen, dass die Behörde die betreffende Verfügung zu der aus der Urkunde ersichtlichen Zeit getroffen hat. Die rechtliche Bedeutung der bewiesenen Anordnung unterliegt jedoch der freien Beweiswürdigung. Der durch die echte Urkunde gelieferte Beweis einer getroffenen Verfügung schließt den Gegenbeweis von selbst aus (Regierungsmotive, S. 271).

Zeugnisse können von einer öffentlichen Behörde oder von einer Urkundsperson errichtet werden, und zwar sowohl über vor derselben abgegebene Erklärungen (Beurkundung des Vorganges), als auch über Thatsachen, welche auf der eigenen Wahrnehmung der Behörde oder Urkundsperson beruhen (Beurkundung der Thatsache). Sie beweisen die Abgabe der Erklärung nebst Zeit und Ort der Abgabe, beziehungsweise die bezeugte Thatsache und das Gericht darf zur Erbringung dieses Beweises nichts anderes verlangen. Die rechtliche Bedeutung des Beweissatzes unterliegt der freien Beweiswürdigung.

Bei der Bezeichnung des Inhaltes öffentlicher Urkunden wich man von der Regierungsvorlage des Jahres 1870 insofern ab, als man nebst den Verfügungen und den Zeugnissen auch der *Erklärungen* gedachte (Motive der Regierungsvorlage v. J. 1881, S. 97). Erklärung ist jedoch hier nicht im Sinne des § 294 gemeint; darunter sind vielmehr alle jene Kategorien von Urkunden zu verstehen, welche weder zu den Verfügungen noch zu den Zeugnissen gezählt werden können. Durch sie wird bewiesen, was erklärt (beurkundet) wird.

5. Bei Zeugnissen und Erklärungen ist der Gegenbeweis der Unrichtigkeit zulässig, der dem Gegner des Beweisführers obliegt. Betreffs dieses Gegenbeweises gelten die allgemeinen Vorschriften des § 272, so dass in diesem Falle das Gericht nach den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung zu entscheiden hat, ob der durch die Urkunde erbrachte Beweis, der gleich den gesetzlichen Vermuthungen (präsumtiones juris) bis zum Beweise des Gegentheiles gilt, als unschlüssig widerlegt erscheint.

6. Wird nachgewiesen, dass die Urkunde nicht von einer öffentlichen Behörde oder Urkundsperson (Echtheitsbeweis) oder nicht innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnis oder ihres Geschäftskreises oder nicht in der vorgeschriebenen Form aufgenommen ist, was bei allen drei Kategorien von Urkunden zulässig erscheint, dann liegt keine öffentliche Urkunde vor,

Digitized by Google

und wenn dieselbe auch nicht als Privaturkunde nach § 294 betrachtet werden kann, unterliegt sie der freien Beweiswürdigung. Desgleichen sind die Wirkungen äußerer Mängel der Urkunde gemäß § 296 nach § 272 zu beurtheilen.

§ 293. Gleiche Beweiskraft haben auch andere Urkunden, welche durch besondere gesetzliche Vorschriften als öffentliche Urkunden erklärt sind.

Die außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes errichteten Urkunden, welche am Orte ihrer Errichtung als öffentliche Urkunden gelten, genießen unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit auch im Geltungsgebiete dieses Gesetzes die Beweiskraft öffentlicher Urkunden, wenn sie mit den vorgeschriebenen Beglaubigungen versehen sind.

1. Nach Art. VII E.-G. bleiben die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, des Handelsrechtes, der Wechselordnung und der in anderen Gesetzen enthaltenen Normen des Privatrechtes (Art. XXX E.-G.), durch welche bestimmte Urkunden als öffentliche erklärt oder den inländischen gleichgestellt werden, unberührt.

Als öffentliche Urkunden gelten:

Die Adelsdiplome und Abstammungstafeln, welche von den zur Führung der Adelsmatrikeln bestimmten Personen ausgestellt sind (Gub. V. v. 3. März 1829, Z. 11738);

die aus Documenten, welche in Archiven, Registraturen oder bei anderen öffentlichen Aemtern aufbewahrt sind, von den dazu berechtigten Beamten ausgestellten Urkunden (H. D. v. 7. Juni 1793);

die Arbeitsbücher der Gewerbegehilfen (G. v. 8. März 1885, Nr. 22 R.-G.-Bl.);

die Pfandbriefe der galizisch-ständischen Creditanstalt, (§ 7 der Statuten v. 3. November 1841, Nr. 569 J. G. S.);

die Urkunden der Creditanstalt für Handel und Gewerbe (M. V. v. 6. November 1855, Nr. 186 R.-G.-Bl.);

die Curszettel der öffentlichen Börsen (Ges. v. 1. April 1875, Nr. 67 R.-G.-Bl.);

Legitimationsurkunden (M. V. v. 15. Feber 1857, Nr. 32 R.-G.-Bl.);

Passkarten (M. V. v. 30. October 1859, Nr. 199 R.-G.-Bl.);

die Ausweise der beim Handelsgerichte in Wien beeideten Beamten der Wiener Seide- und Wolltrocknungsanstalt über das wahre Handelsgewicht der Seide und Wolle (M. V. vom 14. Juli 1855, Nr. 129 R.-G.-Bl.);

Digitized by Google

die von den öffentlichen Wäge- und Messanstalten ausgestellten Bescheinigungen über die von ihnen vorgenommenen Operationen des Wägens und Messens (Ges. v. 19. Juli 1866, Nr. 85 R.-G.-Bl.);

die Einlagscheine und Originallisten der Zahlenlotterie (M. V. v. 6. März 1854, Nr. 60 R.-G.-Bl.);

die Bücher der Oesterreichisch-ungarischen Bank, sowie die mit der statutenmäßigen Firma der Bank unterzeichneten Auszüge aus denselben (Art. 96 Ges. v. 21. Mai 1887, Nr. 51 R.-G.-Bl.);

die Hauptbücher der Hypothekenbank des Königreiches Böhmen und die Auszüge aus denselben (Kundmachung vom 2. August 1888, Nr. 43 L.-G.-Bl.).

2. Bei öffentlichen Urkunden, die außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes errichtet wurden, wird nebst der heute schon geforderten ordnungsmäßigen Beglaubigung auch noch die Beobachtung der Gegenseitigkeit verlangt (Regierungsmotive, S. 270).

In Rücksicht der im Auslande errichteten Notariats- und anderen öffentlichen Urkunden ist deren Legalisierung durch die Gesandtschaft oder durch einen von der österreichischen Regierung anerkannten Consul der fremden Macht, in deren Gebiet die Urkunde ausgefertigt worden ist, vorgeschrieben (H. D. v. 22. Jänner 1838, Nr. 249 J. G. S.).

Die französischen, portugiesischen und italienischen Consulatsfunctionäre in Oesterreich können die Legalisierung der von Behörden oder Functionären ihres Landes ausgehenden Urkunden vornehmen (Vertr. v. 11. December 1866, Nr. 167 R.-G.-Bl., Convention v. 9. Jänner 1873, Nr. 135 R.-G.-Bl. 1874, Convention vom 15. Mai 1874, Nr. 96 R.-G.-Bl. 1875).

3. Im deutschen Reiche ausgefertigte Urkunden der Civil- oder Militärgerichte, des Disciplinarhofes und der Disciplinarkammern, des Bundesamtes für das Heimatswesen, des Patentamtes, des Oberseeamtes und der Seeämter, der mit der Regulierung gutsherrlicher und bäuerlicher Verhältnisse beauftragten Behörden, der Universitätsgerichte, Gewerbegerichte, Verwaltungsgerichte, des Disciplinarhofes für richterliche Beamte in Preußen, der Vormundschaftsbehörde in Hamburg, der obersten Verwaltungsbehörden des deutschen Reiches und der deutschen Bundesstaaten oder einer sonstigen staatlichen oder kirchlichen höheren Behörde sowie die Wechselproteste bedürfen keiner weiteren Beglaubigung.

Die von Notaren, Gerichtsvollziehern und anderen gerichtlichen Hilfsbeamten, von den Standesbeamten und Hypotheken-

Digitized by Google

bewahrern ausgefertigten Urkunden bedürfen der Beglaubigung durch Unterschrift und Amtssiegel eines Gerichtes des Staates, in welchem der Aussteller seinen amtlichen Wohnsitz hat.

Auszüge aus den Kirchenbüchern über Taufen, Trauungen oder Todesfälle, welche in Deutschland unter dem Kirchensiegel ertheilt werden, bedürfen der Beglaubigung durch das zuständige Civil- oder Militärgericht nebst der von diesem Gerichte auszustellenden Bescheinigung, dass der Aussteller des Auszuges zur Ertheilung derselben befugt sei.

Die von einer anderen als den aufgezählten Behörden ausgestellten oder beglaubigten Urkunden bedürfen der Beglaubigung von Seiten derjenigen Behörde, welcher die ausstellende Behörde untergeordnet ist (Vertrag v. 25. Feber 1880, Nr. 85 R.-G.-Bl.). Die Verzeichnisse der Behörden wurden mit J. M. V. v. 12. Februar 1881, Nr. 13 R.-G.-Bl., und vom 5. December 1896, Nr 229 R.-G.-Bl., kundgemacht.

4. Urkunden der Gerichte Bosniens und der Herzegowina, die mit dem Amtssiegel versehen sind, bedürfen keiner Beglaubigung.

Die von den öffentlichen Schulen und Lehranstalten ausgestellten Zeugnisse, die von der Berghauptmannschaft in Sarajewo, von der Landesregierung, von den Kreisbehörden und Bezirksämtern, von der k. k. Militär-Post- und Telegraphendirection in Sarajewo, von den Directionen der Staatsbahnen, von den Commanden der bosnisch-herzegowinischen Truppen und Ergänzungsbezirke, von dem Landesgendarmeriecommando, von den Finanzinspectoraten in Bosnien und der Herzegowina oder von dem Regierungscommissariate für die Stadt Sarajewo ausgestellten mit dem Amtssiegel versehenen Urkunden bedürfen keiner Beglaubigung.

Scheriatsgerichtliche Ausfertigungen der Bezirksämter, dann steuerämtliche oder instructionsgemäß von eigenen Organen des Bezirksamtes ausgestellte Urkunden bedürfen überdies des Visums des Bezirksvorstehers oder seines Stellvertreters.

Urkunden anderer öffentlicher Aemter in Bosnien und der Herzegowina bedürfen der Beglaubigung seitens der vorgesetzten Behörde (M. V. v. 1. December 1879, Z. 17519).

Die von den königlich serbischen Gerichten ausgestellten Urkunden sind nicht zu beglaubigen. Die von Notaren, Gerichtsvollziehern u. s. w. ausgestellten Urkunden bedürfen der Beglaubigung durch Unterschrift und Amtssiegel eines Gerichtes (Vertrag vom 6. Mai 1881, Nr. 89 R.-G.-Bl.).

§ 294. Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mit ihrem gerichtlich oder notariell

Digitized by Google

beglaubigten Handzeichen versehen sind, vollen Beweis dafür dass die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern herrühren.

1. Alle Urknnden, welche nicht den Erfordernissen der §§ 292, 293 entsprechen, sind Privaturkunden.

Sind dieselben von dem Aussteller nicht unterschrieben, so verlieren sie zwar nicht den Charakter einer Urkunde, unterliegen aber durchaus der freien Beweiswürdigung. Eine Beweisregel stellt das Gesetz nur betreffs solcher Privaturkunden auf, welche von dem Aussteller unterschrieben oder mit seinem legalisierten Handzeichen versehen sind. In eine nähere Regelung der Beschaffenheit dieser Unterzeichnung kann in einem Gesetze nicht eingegangen werden, welches den Grundsatz der freien Beweiswürdigung angenommen hat. Man würde mit demselben in Widerspruch gerathen, wenn beispielsweise im Gesetze Urkunden deshalb allein schon von der Benützung als Beweismittel ausgeschlossen werden wollten, weil sie mit autographierten Unterschriften oder mit Stampiglien versehen sind (Regierungsmotive, S. 270).

Bei gleichlautenden Urkunden, welche als zum Umlaufe bestimmte Wertpapiere in großer Zahl emittiert werden, ist es durchaus üblich, die Unterschriften der Personen, von welchen die Unterschriften als ausgestellt gelten sollen, mit auf lithographischem Wege hergestellten Nachbildungen von deren Unterschriften zu versehen (Reichsgericht Leipzig, XIV, S. 97).

2. Die Echtheit der Urkunden (§ 312) vorausgesetzt, bildet eine dem § 294 entsprechende Privaturkunde vollen Beweis, jedoch nur darüber, dass die Aussage oder Willenserklärung, die ihren Inhalt bildet, von dem Aussteller gemacht wurde; ob und welche Rechtsfolgen daraus entsprungen seien, ob mittels der Erklärung ein Rechtsgeschäft zustande gekommen sei, darauf erstreckt sich die Beweiskraft der Urkunde an sich nicht (Motive des Herrenhauses, S. 15).

Der formalen Beweisregel gegenüber ist ein Gegenbeweis dahin nicht ausgeschlossen, dass die in der Urkunde enthaltene, von dem Unterzeichner abgegebene Erklärung nicht der Ausdruck seines Willens sei, insbesondere ist der Beweis des Zwanges, Betruges, Irrthumes, unter dessen Einfluss die Unterzeichnung der Urkunde erfolgt ist, statthaft. Allein die Behauptung der Unterzeichnung einer Urkunde, ohne sie gelesen oder sich sonstwie von deren Inhalt Kenntnis verschafft zu haben, ist nicht geeignet, die rechtliche Wirkung des § 294 zu beseitigen (O. L. G. f. Bayern, Fuchsberger, S. 586). Ob die Urknnde für oder gegen den Aussteller benützt wird, ob der

Digitized by Google

Aussteller Processpartei ist oder nicht, ist für die Beweisregel des § 294 unentscheidend. Es wird somit ermöglicht, auch Urkunden dritter Personen im Processe zur Beweisführung zu benützen (Regierungsmotive, S. 270).

3. Der allgemeine Ausdruck „Erklärung" umfasst sowohl unmittelbar dispositive Acte selbst (Willenserklärungen, Rechtsgeschäfte) als auch die Geständnisse für solche, sowie das Zeugnis für Thatsachen, welche mehr oder weniger ein Indicium für die rechtlich entscheidenden Thatsachen darstellen; ferner sowohl die Anerkennung oder Behauptung von Thatsachen, welche den Erklärenden selbst betreffen, als auch die Bezeugung von sonstigen Thatsachen. Hinsichtlich der processualen Bedeutung der Beweisregel ist der Inhalt der Erklärung gleichgiltig (Wilmowski, S. 631).

4. Nach Art. VII Ein.-Ges. bleiben die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, durch welche die Beweiskraft einer Privaturkunde von bestimmten Erfordernissen abhängig gemacht wird, z. B. bei letztwilligen Verfügungen (§§ 578, 579, 580 a. b. G.-B.), bei Vertragsurkunden (§ 880 a. b. G.-B.), bei Schuldscheinen (§ 1001 a. b. G -B.), bei Quittungen (§ 1426 a. b. G.-B.) unberührt.

Desgleichen bleiben in Geltung die Bestimmungen des Gesetzes vom 25. Juli 1871, Nr. 76 R.-G.-Bl., welches die Giltigkeit nachfolgender Verträge und Rechtshandlungen von der Aufnahme eines Notariatsactes abhängig macht:

Ehepacten, zwischen Ehegatten geschlossene Kauf-, Tausch-, Renten- und Darlehensverträge und Schuldbekenntnisse, welche von einem Ehegatten dem anderen abgegeben werden; Bestätigungen über den Empfang des Heiratsgutes, auch wenn dieselben anderen Personen, als der Ehegattin ausgestellt werden; Schenkungsverträge ohne wirkliche Uebergabe; alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden, welche von Blinden, oder welche von Tauben, die nicht lesen, oder von Stummen, die nicht schreiben können, errichtet werden, sofern dieselben das Rechtsgeschäft in eigener Person schließen.

5. Weiters bleiben nach Art. VII Einf.-Ges. die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes unberührt, durch welche für das Datum einer Urkunde ein von der Erklärung des Ausstellers verschiedener Beweis verlangt wird.

Die von dem Ehemann vor Eröffnung des Concurses abgegebene schriftliche oder mündliche Erklärung, dass er das Heiratsgut empfangen habe, muss, um zu Gunsten der Frau oder ihrer Rechtsnachfolger gegen die Masse einen Beweis zu machen (§ 1226 a. b. G.-B.), entweder zur Zeit der Empfang-

Digitized by Google

nahme des Heiratsgutes oder spätestens ein Jahr vor dem Tage der Concurseröffnung erfolgt und der Zeitpunkt der Abgabe dieser Erklärung gegenüber der Masse bewiesen sein (§ 49 C. O.).

Verfällt der Eigenthümer der Liegenschaft oder der Hypothekargläubiger vor der Ueberreichung des Gesuches um Eintragung des Rechtes oder der Löschung, für welche die bücherliche Rangordnung angemerkt wurde, in Concurs, so kann die Eintragung nur dann bewilligt werden, wenn die Urkunde über das Geschäfte schon vor dem Tage der Concurseröffnung ausgefertigt war und der Tag ihrer Ausfertigung durch eine gerichtliche oder notarielle Beglaubigung dargethan ist (Grdb. Ges. § 56).

§ 295. Die Voraussetzungen, die Dauer und das Maß der Beweiskraft der Handelsbücher, der Tagebücher und Schlussnoten der Handelsmäkler sind nach den bestehenden Gesetzen zu beurtheilen. Eine erforderliche Ergänzung des Beweises kann nur durch die nach diesem Gesetze zulässigen Beweismittel stattfinden.

Den Handelsbüchern, welche außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes nach den am Orte der Buchführung geltenden Vorschriften geführt werden, kommt eine Beweiskraft nicht in größerem Maße und nicht auf eine längere Dauer zu, als an jenem Orte den im Geltungsgebiete dieses Gesetzes geführten Handelsbüchern eingeräumt wird.

Inwiefern ein über den Betrieb einer Wirtschaft, eines Gewerbes oder eines anderen geschäftlichen Unternehmens geführtes Buch in Beziehung auf seinen Inhalt und die den Eintragungen zugrunde liegenden Acte und Geschäfte Beweis macht, hat das Gericht nach § 272 zu beurtheilen.

1. Das Beweisprivilegium der Handelsbücher, sowie der Tagebücher und Schlussnoten der Handelsmäkler soll trotz des Ueberganges zur freien Beweiswürdigung ungeschmälert bewahrt werden. Es steht dies nicht im Widerspruch mit § 272, da das Gericht jede Art Zusatz- oder Ergänzungsbeweis fordern kann, aber es schützt die Handelsbücher vor der Eventualität vollständiger Entwertung ihrer Beweiskraft durch unrichtige Handhabung oder Uebertreibung des Grundsatzes freier Beweisprüfung. Ueberdies wird den Handelsbüchern dadurch der Fortbestand der Beweiskraft gegen dritte Personen, also eine über § 294 hinausreichende Wirkung gesichert (Motive des Herrenhauses, S. 13).

2. Wenn die Bücher handelsgerichtlich protokollierter Kaufleute (§ 7 E. G. z. H. G. B.) deren Handelsgeschäfte und

Digitized by Google

die Lage ihres Vermögens vollständig ersehen lassen (Art. 28 H. G. B.), in einer lebenden Sprache und mit den Schriftzeichen einer solchen geführt, gebunden, Blatt für Blatt mit fortlaufenden Zahlen versehen sind, keine leeren Zwischenräume, keine Durchstreichungen, Auslöschungen, Rasuren oder Correcturen zeigen (Art. 32 H. G. B.), so liefern sie unter Vollkaufleuten über Handelssachen ohne zeitliche Beschränkung (Art. 34 H. G. B.), gegen Nichtkaufleute bloß auf die Dauer von 18 Monaten seit der Entstehung der im Buche offen gebliebenen Forderung (§ 19, E. G. z. H. G. B.) in der Regel einen unvollständigen Beweis, der durch alle in der Civilprocessordnung zulässigen Beweismittel ergänzt werden kann. Besondere Sorgfalt und Genauigkeit der Buchführung, Unterlassung der Vorlegung der Gegenbücher, besondere Vertrauenswürdigkeit des Kaufmannes machen die Ergänzung des Beweises entbehrlich, Unverlässlichkeit des Kaufmannes, Bestrafung desselben wegen gewinnsüchtiger Delicte, Nichtvorlage unzweifelhaft existenter anderer Beweismittel schwächen die Beweiskraft ab (Ullmann, S. 290). Den Büchern nicht protokollierter Kaufleute kommt dieselbe Beweiskraft zu, wenn sie obigen Erfordernissen entsprechen, nur braucht aus denselben der Stand ihres Vermögens nicht ersichtlich zu sein (§ 20 E. G. z. H. G. B.). Unter diesen Voraussetzungen liefern alle Handelsbücher Beweis über den beurkundeten thatsächlichen Vorgang.

Handelsbücher, bei deren Führung Unregelmäßigkeiten vorgefallen sind, können als Beweismittel nur insoferne berücksichtigt werden, als dies nach der Lage der Sache und der Art und Bedeutung der Unregelmäßigkeiten geeignet erscheint (Art. 35 H. G. B.).

Die gleiche Beweiskraft haben:

Die Bücher der in Gemäßheit der bestehenden Gesetze errichteten und der Aufsicht der Staatsverwaltung unterstehenden Anstalten, welche nach ihren statutarischen Zwecken Creditgeschäfte betreiben, zur Nachweisung ihrer Forderungen aus statutenmäßigen Geschäften (Art. II M. V. v. 28. October 1865, Nr. 110 R.-G.-Bl.); die Bücher der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften zur Nachweisung der Forderungen der Genossenschaften aus den ihnen gesetzlich gestatteten Geschäften (G. v. 9. April 1873, Nr. 70 R.-G.-Bl., § 22); die in Serbien geführten Handelsbücher (Vertrag vom 6. Mai 1881, Nr. 88 R.-G.-Bl. für 1882).

3. Das ordnungsmäßig geführte Tagebuch, sowie die Schlussnoten eines Handelsmäklers liefern in der Regel den Beweis für den Abschluss des Geschäftes und dessen Inhalt.

Digitized by Google

Jedoch hat der Richter nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu entscheiden, ob denselben ein geringeres Gewicht beizulegen, ob andere Beweise zu fordern, ob insbesondere die Weigerung der Partei, die Schlussnote anzunehmen oder zu unterzeichnen, für die Beurtheilung der Sache von Erheblichkeit sei.

Unregelmäßigkeiten bei der Führung des Tagebuches sind nach Art. 35 H. G. B. zu beurtheilen (§ 1, Ges. v. 4. April 1875, Nr. 68 R.-G.-B.).

§ 296. Ob und in welchem Maße Durchstreichungen, Radierungen und andere Auslöschungen, Einschaltungen oder sonstige äußere Mängel einer Urkunde deren Beweiskraft mindern oder dieselbe ganz aufheben, hat das Gericht nach § 272 zu beurtheilen.

Die Vorschrift des § 296 begreift alle in den §§ 292—294 erwähnten Urkunden; der § 296 regelt die Frage, inwieweit durch äußere Mängel von Urkunden — öffentlichen wie Privaturkunden — die in den §§ 292, 293, 294 ihnen beigelegte formale Beweiskraft modificiert wird (Reincke, die deutsche Civilprocessordnung, 2. Aufl., S. 295).

Die Bestimmung des § 296 entzieht die Urkunde völlig den Beweisregeln der §§ 292, 293, 294; es soll alsdann die freie Ueberzeugung des Gerichtes (§ 272) Platz greifen und es tritt somit den Voraussetzungen der in den §§ 292, 293, 294 enthaltenen Beweisregeln noch die der äußeren Fehlerfreiheit der Urkunde hinzu (Entscheidung des Reichsgerichtes Leipzig, XXIX, S. 431). Zu den äußeren Mängeln einer Urkunde wird auch die Möglichkeit zu rechnen sein, dass ein Bogen einer aus mehreren Bögen bestehenden Urkunde unterschoben werden konnte. Diesem Mangel wird durch das Heften der Bögen und Siegeln des Heftfadens, durch Unterfertigung jedes einzelnen Bogens oder auf andere Weise zu begegnen sein.

Die unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften bei öffentlichen Urkunden vorgemerkten Zusätze und Abänderungen (§ 106 St. P. O., § 45 Not. Ordn.) sind keine äußeren Mängel und nicht nach § 296 zu beurtheilen.

Beweisantretung.

§ 297. Urkunden, auf welche sich eine Partei zum Beweise ihrer Angaben beruft, hat sie dem Gerichte vorzulegen, falls nicht nach den Bestimmungen dieses Gesetzes das Gericht selbst die Herbeischaffung und Vorlegung der Urkunden zu veranlassen hat.

Digitized by Google

1. Urkunden, auf welche in vorbereitenden Schriftsätzen Bezug genommen wird, sind in der Regel diesen Schriftsätzen in Abschrift beizulegen (§ 77). Vorbereitende Schriftsätze, denen die erforderliche Anzahl von Urkundenabschriften nicht beigelegt wurde, sind nach § 84 zur Verbesserung zurückzustellen. Ueber Begehren des Gegners ist die Urschrift der Urkunde zur Einsicht und Abschriftnahme bei Gericht niederzulegen (§ 82). Der Vorsitzende kann verfügen, dass die Partei in ihren Händen befindliche Urkunden vorlege und eine bestimmte Zeit bei Gericht belasse (§ 183). Dieselbe Befugnis steht im vorbereitenden Verfahren dem beauftragten Richter zu (§ 250). Zu diesen Verfügungen wird die Einvernehmung des Gegners (§ 303) nicht erforderlich sein.

Hievon verschieden ist die Antretung des Beweises durch Vorlage der Urkunde in der mündlichen Verhandlung. Die Urkunde ist, wenn nicht die Ausnahmsbestimmung der §§ 299, 306 eintritt, in Urschrift vorzulegen und zwar dem Processgerichte, falls nicht erhebliche Hindernisse obwalten (§ 300). Die „Vorlegung" besteht darin, dass die Urkunde dem Gegner und dem Gerichte zur Einsicht und Durchsicht vorgezeigt wird, sodann aber in den Händen des Producenten verbleibt, es wäre denn, dass das Gericht deren Verwahrung bei Gericht gemäß § 316 bis zur rechtskräftigen Erledigung des Processes verfügt.

Urkunden sind in der mündlichen Verhandlung nur insoweit vorzulesen, als es auf den wörtlichen Inhalt ankommt oder als dieselben dem Gerichte oder dem Gegner noch nicht bekannt sind (§ 177).

2. Die Vorschriften des Handelsgesetzbuches über die Art der Vorlegung der Handelsbücher bleiben nach Art. VII E.-G. unberührt. Nach Art. 38 H. G. B. ist von dem Inhalte der Handelsbücher, soweit er den Streitpunkt betrifft, unter Zuziehung der Parteien Einsicht zu nehmen und im geeigneten Falle ein Auszug anzufertigen. Der übrige Inhalt der Bücher ist dem Richter — nicht dem Gegner — insoweit offen zu legen, als dies zur Prüfung ihrer ordnungsmäßigen Führung nothwendig ist. Wie bei Bezugnahme auf eine einzelne Urkunde der Beweisführer gerade dasjenige specielle Schriftstück, aus welchem sich der Beweissatz ohne weiteres ergeben soll, zu producieren hat, so muss bei einer Sammlung von Schriftstücken, mögen sie in Actenbänden oder Büchern vereinigt sein, der Beweisführer bei Production derselben diejenigen einzelnen Stellen bezeichnen, aus denen er im concreten Falle den Beweis führen will (Reichsgericht Leipzig, I, S423).

Digitized by Google

3. Wenn die Urkunde erst unter gerichtlicher Intervention herbeigeschafft werden muss, weil sie sich in den Händen des Gegners, einer dritten Person oder einer Behörde befindet, kann die Antretung nur in der bezüglichen Antragstellung bestehen (Regierungsmotive, S. 271). Der Antrag kann schon in der Klage (§ 229), in der Klagebeantwortung (§ 243), in einem weiteren vorbereitenden Schriftsatze (§ 258) oder in der mündlichen Verhandlung (§§ 301, 303, 308) gestellt werden und es ist im Verfahren vor Bezirksgerichten der Beklagte bei Zustellung der Klage aufzufordern, seine diesbezüglichen Anträge noch vor der Verhandlungstagsatzung zu stellen (§ 438).

Vorlegung der Urkunde durch den Beweisführer.

§ 298. Urkunden sind in der Weise vorzulegen, dass das Gericht und die Gegenpartei von dem ganzen Inhalte der Urkunden Einsicht nehmen können.

Kommen nur einzelne Theile einer sich auf verschiedene Rechtsverhältnisse beziehenden Urkunde in Betracht, so kann das Gericht, nachdem es vom ganzen Inhalte der Urkunde Einsicht genommen hat, auf Antrag anordnen, dass dem Gegner außer dem Eingange, dem Schlusse, dem Datum und der Unterschrift, nur diejenigen Stellen vorgewiesen werden, welche für das, den Gegenstand des Streites bildende Rechtsverhältnis von Belang sind.

Der Gegner des Beweisführers ist zur Erklärung über die vorgelegte Urkunde aufzufordern.

1. Die Regel ist, dass die ganze Urkunde der Einsichtnahme des Gegners zugänglich gemacht werde. Selbst in dem Ausnahmsfalle des zweiten Absatzes muss wenigstens das Gericht von dem ganzen Inhalte der Urkunde Einsicht nehmen.

Dem Gegner, dem nur einzelne Stellen der Urkunde vorgewiesen werden, steht jedenfalls das Recht zu, im Sinne des § 303 die Erheblichkeit weiterer Stellen anzuführen. Die Entscheidung über einen im Sinne des § 298 gestellten Antrag steht dem Senate (Einzelrichter), im vorbereitenden Verfahren oder bei einer Beweisaufnahme im Sinne des § 300 dem beauftragten Richter zu und ist unanfechtbar. Wird vom Vorsitzenden des Senates im Sinne der §§ 82, 183, 229, 257 die Vorlage einer Urkunde angeordnet, so wird der Producent den Antrag stellen können, dass dem Gegner nur einzelne Stellen der Urkunde vorgewiesen werden; wird diesem Antrage nicht stattgegeben, so bleibt ihm nichts übrig, als mit der Vorlage der Urkunde bis zur mündlichen Verhandlung zu warten und in derselben den Antrag zu wiederholen.

Digitized by Google

2. Ueber die Beweiskraft der Urkunde, insbesondere über die Echtheit und Unverfälschtheit derselben, hat sich der Gegner des Beweisführers zu erklären (§ 178). Thut er dies trotz gerichtlicher Aufforderung nicht, so gilt die Echtheit für unbestritten (§ 312). Bestreitet der Gegner die Echtheit muthwillig, so ist er gemäß § 313 in eine Muthwillensstrafe zu verfällen.

§ 299. Hat die Partei nur eine Abschrift der Urkunde vorgelegt, so kann ihr auf Antrag der Gegenpartei oder von amtswegen die Vorlage der Urschrift aufgetragen werden. Ob und inwieweit ungeachtet der Nichtbefolgung dieses Auftrages der vorgelegten Abschrift infolge ihrer Beglaubigung, ihres Alters, ihres Ursprunges oder aus anderen Gründen Glauben beizumessen ist, hat das Gericht nach seinem Ermessen zu entscheiden. Hiebei sind die für die Unterlassung der Vorlage der Urschrift geltend gemachten Gründe und die sonstigen Umstände des einzelnen Falles sorgfältig zu würdigen.

Einem Gerichte, welches an keine Beweisregeln gebunden ist, wird es nicht verwehrt werden können, auch Abschriften bei der Beweiswürdigung zu benützen, wenn die Urschrift aus gerechtfertigten Gründen überhaupt nicht oder wenn sie nur mit übermäßigem Aufwande an Mühe herbeigeschafft werden könnte, vorausgesetzt, dass zugleich wenigstens beachtenswerte Indicien für die Richtigkeit der Abschrift sprechen (Regierungsmotive, S. 272).

Die Beweiskraft der Abschriften (auch beglaubigter Abschriften) unterliegt jedoch immer der freien Beweiswürdigung, wobei aber zu berücksichtigen ist, dass sich die Partei von manchen öffentlichen Urkunden, z. B. von Protokollen nur beglaubigte Abschriften verschaffen kann.

Gerechtfertigte Gründe der Unterlassung der Vorlage des Originales sind außer den objectiven, z. B. Untergang der Urkunde, alle thatsächlichen und rechtlichen Gründe, welche die Vorlage verhindern oder unverhältnismäßig erschweren.

Das Gericht wird sich bei dem Auftrage zur Vorlage der Urschrift zunächst von dem Antrage der Parteien leiten lassen. Es kann aber an diesen Antrag nicht gebunden werden: es muss sich die durch Einsicht der Urschrift zu erlangende Information auch von amtswegen verschaffen können und ebenso muss es die Macht haben, einen offenbar muthwilligen Antrag auf überflüssige Vorlegung einer Urschrift zurückzuweisen (Regierungsmotive, S. 272). Der Auftrag zur Vorlage des Originales kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 319).

Digitized by Google

§ 300. Wenn die Vorlegung der Urschrift einer Urkunde in der mündlichen Verhandlung wegen erheblicher Hindernisse nicht erfolgen kann,, oder wegen der Wichtigkeit der Urkunde und der Besorgnis ihres Verlustes oder ihrer Beschädigung bedenklich erscheint, so kann das Gericht auf Antrag oder von amtswegen anordnen, dass die Urkunde einem beauftragten oder ersuchten Richter vorgelegt werde.

Das Gericht hat in diesem Falle zu bestimmen, welche Umstände durch das über die Amtshandlung des beauftragten oder ersuchten Richters aufzunehmende Protokoll zu bestätigen sind; es kann auch anordnen, dass mit dem Protokolle eine Abschrift oder ein Auszug der Urkunde vorgelegt werde.

Von der seitens des beauftragten oder ersuchten Richters zur Vorlage der Urkunde anberaumten Tagsatzung ist der Gegner des Beweisführers rechtzeitig zu verständigen. Wird die Urkunde bei dieser Tagsatzung nicht vorgelegt, so kann der Fortgang des Processes durch die Rücksicht auf dieses Beweismittel nicht weiter aufgehalten werden.

Der mittelbare Urkundenbeweis ist auf die Fälle äußerster Nothwendigkeit zu beschränken (Regierungsmotive, S. 272).

Betreffs der Vorlage von Handelsbüchern und gemäß Art. 79, Ges. v. 4. April 1875, Nr. 68 R.-G.-Bl., betreffs der Vorlage der Tagebücher der Handelsmäkler und Sensale bestimmt der nach Art. VII E.-G. in Wirksamkeit bleibende Artikel 39 H. G. B., dass das Processgericht, wenn sich die Bücher nicht an einem zum Bezirke desselben gehörigen Orte befinden, das Gericht des Ortes, wo sich die Handelsbücher befinden, um die Vorlegung der Handelsbücher ersuchen muss, welch letzteres Gericht einen beglaubigten Auszug mit dem über die Verhandlungen aufgenommenen Protokolle zu übersenden hat.

Der Umfang der Urkunden, ihre Unentbehrlichkeit auch für kurze Zeit, die Schwierigkeiten und Gefahren einer Versendung derselben werden das Begehren rechtfertigen.

Obwohl die Bestimmung des § 300 unter die Vorschriften über die Vorlage der Urkunde durch den Beweisführer eingereiht ist, so wird sie doch auch bei der Vorlegung der Urkunde durch den Gegner, durch eine dritte Person und durch eine Behörde anwendbar sein. Einer mündlichen Verhandlung bedarf es vor dem Beschlusse nicht. Derselbe ist unanfechtbar (§ 319).

Nachdem der Gegner des Beweisführers von der Tagsatzung rechtzeitig zu verständigen ist, so gelten die Bestimmungen des § 289 betreffs der Beweisaufnahme auch ni

Digitized by Google

Abwesenheit der verständigten Parteien und betreffs der Zulässigkeit der Ergänzung der Beweisaufnahme im Falle des unverschuldeten Ausbleibens der Partei.

Wird die Urkunde bei der Tagsatzung nicht vorgelegt, so kann sie die Partei in der fortgesetzten mündlichen Verhandlung noch immer vorlegen, es ist jedoch im Falle der Nichtvorlage die Beweisanbietung im Urtheilsthatbestande anzuführen (§ 417).

§ 301. Der Antrag, die Vorlage einer als Beweismittel zu benützenden Urkunde zu veranlassen, welche sich bei einer öffentlichen Behörde oder in Verwahrung eines Notars befindet und deren Ausfolgung oder Vorlage die Partei im Wege unmittelbaren Einschreitens nicht zu erlangen vermag, kann auch während der mündlichen Verhandlung gestellt werden.

Wird diesem Antrage stattgegeben, so hat der Vorsitzende die zur Herbeischaffung der Urkunde geeigneten Verfügungen zu treffen.

Der Antrag auf Herbeischaffung einer bei einer Behörde oder einem Notare verwahrten Urkunde kann schon in der Klage (§ 229), in der Klagebeantwortung (§ 243) in einem weiteren vorbereitenden Schriftsatze (§ 258) und im vorbereitenden Verfahren (§ 250) gestellt werden. Der Vorsitzende (§ 183) und der mit dem vorbereitenden Verfahren beauftragte Richter können auch von amtswegen die Herbeischaffung solcher Urkunden verfügen.

Die Behörde oder der Notar können der antragstellenden Partei als Gegner oder als dritte Person gegenüberstehen und es gelten für dieselben die allgemeinen Bestimmungen über die Editionspflicht (§§ 304, 305, 308).

Die Behauptung der Partei, dass sich die Urkunde in Verwahrung der (bestimmt zu bezeichnenden) Behörde oder des Notars befindet, wird zur Stattgebung genügen, vorausgesetzt, dass sich die Partei die Urkunde nicht selbst zu verschaffen vermag oder deren Ausfolgung verweigert wurde (§ 229). Ist dieser letztere Umstand zweifelhaft, so kann zunächst die beweisführende Partei angewiesen werden, sich selbst die Urkunde zu verschaffen und dieselbe vorzulegen.

Die Urkunde ist bestimmt zu bezeichnen, doch dürfte auch die Beischaffung ganzer Acten sowie ämtlicher Auskünfte, insbesondere auch der eigenen Acten des Processgerichtes zulässig sein.

Von dem Einlangen der Urkunde oder von der Weigerung der Behörde, dieselbe dem Gerichte mitzutheilen, sind die

Digitized by Google

Parteien, im ersteren Falle unter Freistellung der Einsichtnahme zu verständigen (§ 286).

Die Entscheidung über den Antrag ist unanfechtbar (§ 319). Gegebenenfalls haben die Bestimmungen der §§ 298—300 Anwendung zu finden (Regierungsmotive, S. 272).

§ 302. Nach erfolgter Vorlegung einer Urkunde kann der Beweisführer auf dieses Beweismittel nur mit Zustimmung des Gegners verzichten.

Der Verzicht auf das Beweismittel hat zur Folge, dass die Urkunde als Beweismittel nicht weiter benutzt werden darf, unbeschadet des Rechtes des Gerichtes, die Vorlage solcher Urkunden von amtswegen zu verfügen (§ 183), wenn sich nicht beide Theile dagegen erklären. Außerdem kann der Gegner jener Partei, die auf eine Urkunde zum Zwecke der Beweisführung im Processe Bezug genommen hat, gemäß § 304 die Vorlage der Urkunde beantragen, auch wenn der Beweisführer auf diese Urkunde als Beweismittel rechtzeitig verzichtet hat.

Ob die Urkunde vom Beweisführer selbst oder vom Gegner oder von einem Dritten vorgelegt worden ist, macht keinen Unterschied; sobald die betreffende Urkunde vorgelegt ist, haben beide Parteien das Recht, dieselbe als Beweismittel zu benützen und auf dieses Recht ist der verspätete einseitige Verzicht der Gegenpartei ohne jeden Einfluss.

Vorlegung der Urkunde durch den Gegner.

§ 303. Wenn eine Partei behauptet, dass sich eine für ihre Beweisführung erhebliche Urkunde in den Händen des Gegners befindet, so kann auf ihren Antrag das Gericht dem Gegner die Vorlage der Urkunde durch Beschluss auftragen.

Die antragstellende Partei hat eine Abschrift der vom Gegner vorzulegenden Urkunde beizubringen oder, wenn sie dies nicht vermag, den Inhalt der Urkunde möglichst genau und vollständig anzugeben, sowie die Thatsachen anzuführen, welche durch die vorzulegende Urkunde bewiesen werden sollen. Desgleichen sind die Umstände darzulegen, welche den Besitz der Urkunde seitens des Gegners wahrscheinlich machen.

Der Entscheidung über den Antrag hat, wenn derselbe außerhalb der mündlichen Verhandlung gestellt wird, eine mündliche oder schriftliche Einvernehmung des Gegners vorauszugehen.

1. Die Editionspflicht des Processgegners ist nur durch die Weigerungsgründe des § 305 und durch die Erheblich-

Digitized by Google

keit der Urkunde für die Beweisführung begrenzt. Durch die vom Ausschusse des Abgeordnetenhauses beschlossene Fassung des ersten Absatzes „so kann“ wurde der Richter von der Nothwendigkeit befreit, auf jede, wie immer geartete Behauptung einer Partei, dass sich in den Händen des Gegners eine für ihre Beweisführung erhebliche Urkunde befindet, sofort und ohne eine weitere Erwägung der Sache die Vorlage der Urkunde aufzutragen. Hier gerade muss das Ermessen des Richters eingreifen können, der Richter muss nach Beurtheilung aller Umstände sich entscheiden können, ob er auf einen solchen Antrag hin die Edition verfügen soll, oder ob er sie von vornherein abzulehnen findet. Es sind ja Fälle denkbar, in welchen ein solcher Antrag ganz ungenügend motiviert ist, bloß zur Verschleppung oder offenbar nur zur Chicane vorgebracht wird (Motive des Ausschusses, S. 36).

2 Der Antrag kann in der Klage (§ 229), der Klagebeantwortung (§ 243), in den weiteren vorbereitenden Schriftsätzen (§ 258) und in der mündlichen Verhandlung gestellt werden.

Zur Begründung desselben genügt eine Abschrift der Urkunde und die Darlegung der Umstände, welche den Besitz derselben seitens des Gegners wahrscheinlich machen. Eine Glaubhaftmachung für den Besitz des Gegners ist nöthig, eine Beweisführung im Sinne des § 307 durch eidliche Abhörung des Gegners zulässig.

Vermag die Partei eine Abschrift der Urkunde nicht beizubringen, so ist dieselbe durch möglichst genaue und vollständige Angabe des Inhaltes und der durch die Urkunde zu beweisenden Thatsachen zu ersetzen. Diese Momente sind nicht nur bei der Prüfung der Erheblichkeit zu berücksichtigen, sondern bilden auch für den Fall der ungerechtfertigten Nichtvorlage der Urkunde (§ 307) das Substrat für die freie Beweiswürdigung des Gerichtes.

3. Ueber den Antrag ist entweder mündlich zu verhandeln, oder es ist der Gegner mündlich oder schriftlich einzuvernehmen (§ 74). Leugnet der Gegner den Besitz der Urkunde, so ist nach § 307 vorzugehen. Gibt der Gegner den Besitz der Urkunde zu, bestreitet er aber die Erheblichkeit der durch dieselbe zu beweisenden Thatsachen oder seine Verpflichtung zur Vorlage, so entscheidet bei Gerichtshöfen in der mündlichen Verhandlung der Senat, bei Bezirksgerichten der Einzelrichter, außerhalb der mündlichen Verhandlung der Vorsitzende oder beauftragte Richter (§§ 183, 250), von denen jedoch die eidliche Einvernahme der Partei nie verfügt werden kann.

Digitized by Google

Der nach §§ 229, 243, 258 zulässige Antrag, dass die Gegenpartei derlei Urkunden zur Verhandlung mitzubringen habe, welcher nach § 257 spätestens bei Anordnung der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung zu erledigen ist, kann noch nicht als Editionsantrag angesehen werden und erfordert ebensowenig wie der nach §§ 437, 438 bei Bezirksgerichten von amtswegen zu erlassende Auftrag eine vorherige Einvernahme des Gegners.

Der Beschluss auf Vorlage der Urkunde kann durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 319).

Die unbedingte Editionspflicht des Processgegners, von der ihn auch die Weigerungsgründe des § 305 nicht befreien, ist im § 304 geregelt.

§ 304. Die Vorlage der Urkunde kann nicht verweigert werden:

1. wenn der Gegner selbst auf die Urkunde zum Zwecke der Beweisführung im Processe Bezug genommen hat;

2. wenn der Gegner nach bürgerlichem Rechte zur Ausfolgung oder Vorlage der Urkunde verpflichtet ist;

3. wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach eine beiden Parteien gemeinschaftliche ist.

Als gemeinschaftlich gilt eine Urkunde insbesondere für die Personen, in deren Interesse sie errichtet ist oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin bekundet sind. Als gemeinschaftlich gelten auch die über ein Rechtsgeschäft zwischen den Betheiligten oder zwischen einem derselben und dem gemeinsamen Vermittler des Geschäftes gepflogenen schriftlichen Verhandlungen.

1. Durch die Bezugnahme der Gegenpartei auf eine Urkunde zum Zwecke der Beweisführung in einem Schriftsatze oder bei der mündlichen Verhandlung wird die Urkunde zu einer gemeinschaftlichen. Das Recht der anderen Processpartei wird durch die Bezugnahme begründet und kann durch den Verzicht des Producenten auf dieses Beweismittel nicht beseitigt werden (§ 302). Das der Partei nach § 82 zustehende Recht, dass ihr die Einsicht- und Abschriftnahme einer vom Gegner in Bezug genommenen Urkunde vermittelt werde, besteht neben dem Editionsantrage.

2. Unter den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes sind auch jene des Handelsrechtes und der Wechselordnung und die in anderen Gesetzen enthaltenen Normen des Privatrechtes zu verstehen (Art. XXX, E.-G.). Ob das Recht ein dingliches oder persönliches ist, macht keinen Unterschied.

Digitized by Google

Die Mittheilung der Handelsbücher zur vollständigen Kenntnisnahme von ihrem ganzen Inhalte kann in Erbschafts- oder in Gütergemeinschafts-Angelegenheiten, sowie in Gesellschaftstheilungssachen und im Concurse gerichtlich verordnet werden (Art. 40 H. G. B.) Die Einsichtnahme der Handelsbücher und Papiere steht nach dem H. G. B. zu:

jedem Gesellschafter, auch wenn er nicht in dem Geschäftsbetriebe der Gesellschaft thätig ist (Art. 105), selbst nach Beendigung der Liquidation (Art. 145);

dem stillen Gesellschafter (Art. 253) und den Commanditisten zur Prüfung der Bilanz oder sonst aus wichtigen Gründen (Art. 160). Wird über ein Ratengeschäft eine Urkunde errichtet (Ratenbrief), so ist der Verkäufer verpflichtet, spätestens bei Uebergabe der Sache dem Käufer einer Abschrift der Urkunde auszufolgen (§ 5, Ges. v. 27. April 1896, Nr. 70 R.-G.-Bl.).

3. Das Gesetz stellt in Art. 3 der civilrechtlichen eine processuale Editionspflicht gegenüber (Reichsgericht Leipzig, XII, S. 413). Gemeinschaftlich ist eine Urkunde, deren Inhalt nicht bloß beide Streittheile betrifft, sondern für beide bestimmt ist, (Wilmowski, S. 642). Bezüglich der Interessengemeinschaft genügt es, wenn die Urkunde ausschließlich oder doch zugleich im Interesse des Editionswerbers errichtet wurde. Alle Vertragsurkunden begründen gegenseitige Rechtsverhältnisse der Contrahenten.

Der Begriff ist durch die einseitige Errichtung der Urkunde nicht ausgeschlossen (Reichsgericht Leipzig, Fuchsberger, S. 589). Im Laufe eines Rechtsstreites kann der Richter auf den Antrag einer Partei die Vorlegung der Handelsbücher der Gegenpartei anordnen (Art. 37 H. G. B.). Die Urschrift des Schiedsspruches, sowie die Zustellungsbeurkundungen haben als den Parteien gemeinsame Urkunden zu gelten (§ 593). Die Vorlage einer gemeinschaftlichen Urkunde kann auch außerhalb eines anhängigen Rechtsstreites im Wege der Klage gefordert werden (Art. XLIII, E.-G.).

§ 305. Die Vorlage anderer Urkunden kann verweigert werden:

1. wenn der Inhalt Angelegenheiten des Familienlebens betrifft;

2. wenn der Gegner durch die Vorlage der Urkunde eine Ehrenpflicht verletzen würde;

3. wenn das Bekanntwerden der Urkunde der Partei oder dritten Personen zur Schande gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde;

Digitized by Google

4. wenn die Partei durch die Vorlage der Urkunde eine staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit, von der sie nicht giltig entbunden wurde, oder ein Kunst- oder Geschäftsgeheimnis verletzen würde;

5. wenn andere gleich wichtige Gründe vorhanden sind, welche die Verweigerung der Vorlage rechtfertigen.

1. Die durch die Weigerungsgründe des § 305 beschränkte bedingte Editionspflicht des Processgegners betrifft nur solche Urkunden, welche nicht unter § 304 fallen.

Zunächst soll nach Ziffer 1 die Vorlage der Urkunden verweigert werden können, wenn deren Inhalt Angelegenheiten des Familienlebens betrifft, weil sich die Tragweite der Heranziehung und des Bekanntwerdens einer solchen Urkunde nicht übersehen lässt und dabei große, ja unverhältnismäßige Unbilligkeiten unterlaufen könnten.

Der Fall, welchen der Ausschuss unter Ziffer 2 vor Augen hatte, rechtfertigt wohl ebenfalls die Verweigerung der Urkunde, da in diesem Falle die Editionspflicht mit einer anderen Pflicht, der Ehrenpflicht, in eine bedenkliche Collision gerathen könnte (Motive des Ausschusses, S. 37). Durch die in Ziffer 3 und 4 aufgenommenen Vorbehalte wurde zu verhüten versucht, dass die im Entwurfe beantragte Erweiterung der Editionspflicht eine Benachtheiligung des Gegners nach sich ziehe oder dass er im Wege der Urkundenedition verhalten werden könne, behufs Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes im weiteren Umfange Aufklärung geben zu müssen, als ihm dies im Wege der eidlichen Einvernahme auferlegt werden kann (Regierungsmotive, S. 273). Die betreffenden Bestimmungen entsprechen den im § 321, Z. 1, 3 und 5 für die Zulässigkeit der Verweigerung des Zeugnisses aufgestellten Gründen.

Nachdem jedoch der Ausschuss trotz dieser Aufstellung noch immer nicht darüber beruhigt war, dass nicht Fälle eintreten können, die den angeführten an Wichtigkeit gleichkommen und die Verweigerung der Herausgabe einer Urkunde rechtfertigen, wurden in Ziffer 5 diese noch denkbaren gleichwichtigen Gründe ebenfalls herangezogen (Motive des Ausschusses, S. 37), z. B. wenn durch die Vorlage der Urkunde den Rechten Dritter präjudiciert würde.

§ 306. Wenn einer der im § 305 angeführten Gründe nur einzelne Theile des Inhaltes einer Urkunde betrifft, so ist ein beglaubigter Auszug der Urkunde vorzulegen.

Kommen nur einzelne Theile der Urkunde in Betracht (§ 298), so kann das Gericht, nachdem es von dem ganzen

Digitized by Google

Inhalte der Urkunde Einsicht genommen hat, auf Antrag anordnen, dass dem Gegner nur die belangreichen Stellen vorgewiesen werden. Außerdem gestattet § 306 die Vorlage eines beglaubigten Auszuges mit Hinweglassung der nach § 305 eine Verweigerung der Vorlage rechtfertigenden Stellen, um die Editionspflicht nicht weiter einzuschränken, als es unumgänglich nothwendig ist. Ein solcher beglaubigter Auszug hat aber nicht die formelle Beweiskraft der §§ 292, 293, 294, sondern unterliegt auch in dieser Richtung gemäß § 299 der freien Beweiswürdigung, außer es wäre die Anfertigung des Auszuges im Sinne des § 300 durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgt.

§ 307. Leugnet der Gegner den Besitz der Urkunde und erachtet das Gericht die durch die Urkunde zu beweisenden Thatsachen erheblich und zugleich die Verpflichtung zur Vorlage der Urkunde als bestehend, so kann die Vernehmung und eidliche Abhörung des Gegners durch gerichtlichen Beschluss zu dem Zwecke angeordnet werden, um zu ermitteln, ob der Gegner die Urkunde besitze oder doch wisse, wo dieselbe zu finden sei, oder ob die Urkunde nicht etwa von ihm oder auf seine Veranlassung, um sie dem Beweisführer zu entziehen, beseitigt oder zur Benützung untauglich gemacht worden sei.

Welchen Einfluss es auf die Beurtheilung des Falles hat, wenn der Gegner dem Auftrage zur Vorlage der Urkunde, deren Besitz er zugegeben hat, nicht nachkommt oder wenn er bezüglich einer Urkunde, deren Besitz er leugnet, die Vernehmung oder die eidliche Aussage ablehnt oder wenn aus seiner Aussage hervorgeht, dass die Urkunde absichtlich beseitigt oder untauglich gemacht worden sei, ob insbesonders in diesen Fällen die Angaben des Beweisführers über den Inhalt der Urkunde als erwiesen anzusehen seien, bleibt dem durch sorgfältige Würdigung aller Umstände geleiteten richterlichen Ermessen überlassen.

Das Verfahren nach § 307 steht mit Rücksicht darauf, dass die eidliche Vernehmung der Partei einem beauftragten Richter nicht übertragen werden kann (§ 375) und auch im vorbereitenden Verfahren unzulässig ist (§ 249), nur dem Senate (Einzelrichter) zu. Voraussetzung ist, dass das Gericht die zu beweisenden Thatsachen für erheblich erachtet und die Editionspflicht des Gegners anerkennt. Bestreitet unter diesen Umständen der Gegner den Besitz (d. h. die Möglichkeit der Vorlage) der Urkunde, so kann das Gericht über Antrag oder von amtswegen gemäß § 371 ff. die Vernehmung der editionspflichtigen Partei ohne Beeidigung, eventuell unter Eid anord-

Digitized by Google

nen, gegen welchen Beschluss ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen ist (§ 319).

Das Ergebnis dieser Vernehmung sowie die Verweigerung der Vernehmung oder eidlichen Aussage, die Verweigerung der Vorlage der Urkunde trotz gerichtlichen Editionsauftrages, die Beseitigung oder Untauglichmachung der Urkunde hat das Gericht frei zu würdigen (§ 272). Nur betreffs der gemäß Art. 37 H. G. B. vorzulegenden gegnerischen Handelsbücher bleibt gemäß Art. VII E.-G. die Beweisregel bestehen, dass der behauptete Inhalt der Bücher zum Nachtheile des Weigernden für erwiesen angenommen werden muss.

In diesem Falle muss daher der Editionsauftrag auch dann ergehen, wenn die Partei bei ihrer Einvernahme den Besitz der Bücher in Abrede stellt und deren Beseitigung bestätigt.

Vorlegung der Urkunde durch einen Dritten.

§ 308. Wenn sich eine zur Beweisführung benöthigte Urkunde in der Hand eines Dritten befindet, welcher nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes oder deshalb zur Herausgabe und Vorlage der Urkunde verpflichtet ist, weil dieselbe ihrem Inhalte nach eine für den Beweisführer uud den Dritten gemeinschaftliche ist (§ 304), so kann letzterem auf Antrag des Beweisführers vom Processgerichte durch Beschluss aufgetragen werden, die Urkunde innerhalb einer ihm zugleich zu bestimmenden Frist auf Kosten des Beweisführers bei dem Processgerichte behufs Benützung bei der mündlichen Verhandlung zu hinterlegen.

Ueber einen solchen Antrag hat das Processgericht nach Anhörung des Gegners und des angeblichen dritten Besitzers der Urkunde zu entscheiden; falls letzterer den Besitz der Urkunde leugnet, kann dem Antrage nur dann stattgegeben werden, wenn die antragstellende Partei glaubhaft macht, dass sich die Urkunde in der Hand des Dritten befindet. Zum Zwecke der Einvernehmung der Betheiligten kann vom Processgerichte eine besondere Tagsatzung angeordnet werden. Der Beschluss ist nach Eintritt der Rechtskraft und nach Ablauf der angeordneten Vorlagefrist vollstreckbar.

Bei Zurückweisung des Antrages sind dem angeblichen Besitzer der Urkunde auf sein Verlangen die ihm durch das Verfahren verursachten nothwendigen Kosten zu ersetzen.

1. Für die Editionspflicht sind mit Ausnahme des Beweisführers und seines Processgegners alle anderen Personen Dritte; so insbesondere auch die eigenen Streitgenossen des Beweis-

Digitized by Google

führers und die Nebenintervenienten beider Parteien, sofern sie nicht Streitgenossen sind. Bei Streitgenossen des Processgegners ist zunächst der Unterschied zu machen, ob sie nothwendige Streitgenossen sind (§ 14) oder nicht. Nothwendige Streitgenossen des Gegners sind als eine Streitpartei anzusehen und daher immer Processgegner des Beweisführers. Andere Streitgenossen sind hinsichtlich der Editionspflicht nur dann Processgegner des Beweisführers, wenn durch die vorzulegende Urkunde gegen alle Streitgenossen Beweis geführt werden soll. Handelt es sich aber um eine Beweisführung gegen einen oder einzelne Streitgenossen, so sind die übrigen nicht Processgegner des Beweisführers betreffs dieser Urkunde.

2. Die Editionspflicht Dritter beschränkt sich auf die im § 304, Ziffer 2 und 3 angeführten Urkunden, betreffs welcher ein civilrechtlicher Anspruch auf Vorlage besteht (§ 304, Anm. 2), oder welche als gemeinschaftliche Urkunden (§ 304, Anm. 3) erscheinen.

Vermag der Beweisführer glaubhaft (§ 274) zu machen, dass sich die Urkunde in den Händen des editionspflichtigen Dritten befindet, so kann er den Antrag stellen, dass das Processgericht dem Dritten mittels Beschlusses eine Frist zur Vorlage der Urkunde bestimme.

Nachdem die Urkunde zur Benützung bei der mündlichen Verhandlung, also vor der mündlichen Verhandlung, bei Gericht hinterlegt werden soll, hat der Antrag vor der mündlichen Verhandlung mittels Schriftsatzes (bei Bezirksgerichten nach § 434 auch zu Protokoll) zu erfolgen und es ist über denselben ohne eigentliche mündliche Verhandlung nach mündlicher oder schriftlicher Einvernahme (§ 74) des Gegners und des Dritten zu entscheiden.

Der Antrag ist abzuweisen, wenn die Partei, welche den Antrag stellt, nicht glaubhaft zu machen vermag, dass sich die fragliche Urkunde in der Hand des Dritten befindet — letzterem kann außerhalb des Processes eine Beweispflicht nicht auferlegt werden — wenn ferner die Verpflichtung zur Herausgabe vom Dritten bestritten wird und endlich wenn die Entscheidung über das Vorhandensein dieser Verpflichtung die vorgängige Ermittlung und Feststellung streitiger Thatumstände verlangt. Wenn bloß Divergenzen in der Rechtsauffassung bestehen, erscheint die Einleitung eines Processes entbehrlich (Regierungsmotive, S. 275).

3. Die Entscheidung steht dem Processgerichte (I. Instanz) zu und kann mit Recurs angefochten werden. Der Beschluss

Digitized by Google

ist nach Rechtskraft und nach Ablauf der erstreckbaren Frist gemäß § 346 E. O. vollstreckbar.

Die Vorlage erfolgt (auch im Vollstreckungsverfahren) auf Kosten des Beweisführers und sind dem Dritten über sein Begehren diese Kosten und im Falle der Zurückweisung des Antrages die nothwendigen Kosten gemäß § 41 zuzusprechen.

§ 309. Muss der angebliche Besitzer der Urkunde im Wege der Klage zur Herausgabe und Vorlage der Urkunde verhalten werden, weil nicht glaubhaft gemacht werden kann, dass sich die Urkunde in seiner Hand befindet oder weil die Entscheidung über das Vorhandensein der Pflicht zur Herausgabe und Vorlage der Urkunde die vorgängige Ermittlung und Feststellung streitiger Thatumstände verlangt, so kann das Processgericht, wenn es die durch die Urkunde zu beweisenden Thatsachen für erheblich hält, auf Antrag anordnen, dass mit der Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bis nach Ablauf der gleichzeitig dem Beweisführer zur Vorlegung der Urkunde zu bestimmenden Frist gewartet werde (§ 279).

Der Gegner des Beweisführers kann jedoch noch vor Ablauf dieser Frist die Fortsetzung der Verhandlung beantragen, wenn die Klage des Beweisführers gegen den Dritten früher erledigt ist, oder der Beweisführer die Erhebung der Klage oder die Betreibung des Processes oder der Execution verzögert.

Die Vorlegung der Urkunde geschieht auf Kosten des Beweisführers.

Muss die Edition der Urkunde im Klagswege erstritten werden, so kann das Processgericht eine Frist bestimmen, bis zu deren Ablauf mit der Fortsetzung der mündlichen Verhandlung gewartet wird. Es ist dies keine Unterbrechung des Verfahrens im Sinne und mit der Wirkung des § 163; denn es steht nichts im Wege, andere Beweise während der Frist aufzunehmen; wie auch das Verfahren nach Ablauf der Frist nicht aufgenommen, sondern fortgesetzt wird.

Nach Ablauf der erstreckbaren Frist kann der Beweis nur benützt werden, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird (§ 279).

Der Antrag auf Fortsetzung der Verhandlung vor Ablauf der Frist kann nur vom Beweisgegner gestellt werden. Derselbe hat mittels Schriftsatzes (bei Bezirksgerichten auch zu Protokoll) zu erfolgen und ist durch den Nachweis der Bedingungen zu begründen.

Gegen die im Sinne des ersten und zweiten Absatzes gefassten Beschlüsse ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 319),

Digitized by Google

der zurückgewiesene Beweis ist im Urtheilsthatbestande anzuführen (§ 417).

Die Kosten der Vorlage der Urkunde fallen auch hier wie im vorhergehenden Paragraphen dem Beweisführer zur Last, sind gegen denselben zuzusprechen, fallen aber bei der Endentscheidung in die allgemeinen Processkosten, die im Falle des Obsiegens zu ersetzen sind.

Echtheitsbeweis.

§ 310. Urkunden, welche sich nach Form und Inhalt als öffentliche Urkunden darstellen, haben die Vermuthung der Echtheit für sich.

Hält das Gericht die Echtheit für zweifelhaft, so kann es auf Antrag oder von amtswegen die Behörde oder die Person, von welcher die Urkunde errichtet sein soll, zu einer Erklärung über die Echtheit veranlassen. Lässt sich der Zweifel an der Echtheit der Urkunde nicht auf diese Art beseitigen, so obliegt der Beweis ihrer Echtheit demjenigen, der diese Urkunde als Beweismittel gebrauchen will.

Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen Echtheit und Unverfälschtheit einer Urkunde; nur im § 316 wird der letzteren erwähnt. Eine Urkunde ist nur dann echt, wenn sie vom Aussteller herrührt und unverfälscht ist.

Betreffs aller inländischen öffentlichen Urkunden (§ 192) stellt § 310 die Rechtsvermuthung (§ 270) auf, dass sie echt sind, wenn sie nach Form und Inhalt diesbezüglich keinen Zweifel erwecken.

Gemäß § 298 hat sich zwar der Gegner des Beweisführers auch über die vorgelegte öffentliche Urkunde zu äußern, ohne dass jedoch hiedurch die gesetzliche Vermuthung entkräftet oder die Beweislast geändert würde. Wird die Echtheit einer öffentlichen Urkunde vom Gegner zugestanden (§ 266), so ist ein Gegenbeweis nur im Falle eines Widerrufes zulässig, während die präsumtio juris des § 310 den Beweis der Unechtheit dem Beweisgegner auferlegt, ohne diesen Gegenbeweis irgendwie zu beschränken.

Soll die Vermuthung der Echtheit entkräftet werden, so werden hiezu eventuell weitläufige Beweisführungen nothwendig sein. Sie dürften sich jedoch vermeiden lassen, wenn das Gericht vor Zulassung der Beweisführung — wo es thunlich ist — die Erklärung des Urkundenausstellers einholt. Die einlangende Erklärung wird dann einen Bestandtheil der Processacten bilden, und von beiden Theilen benützt werden

Digitized by Google

können (Regierungsmotive, S. 275). Der betreffende Beschluss kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 319).

§ 311. Ob eine Urkunde, welche sich als von einer ausländischen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes errichtet darstellt, ohne näheren Nachweis als echt anzusehen sei, hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermessen.

Zum Beweise der Echtheit einer solchen Urkunde genügt, sofern nicht durch besondere Bestimmungen etwas anderes festgesetzt ist, die Beglaubigung durch das Ministerium des Aeußern oder durch einen österreichisch-ungarischen Gesandten oder Consul.

Ist eine ausländische öffentliche Urkunde mit den vorgeschriebenen Beglaubigungen versehen oder ist für dieselbe eine Beglaubigung nicht vorgeschrieben, so gilt dieselbe — die Gegenseitigkeit vorausgesetzt — nach § 293 für eine öffentliche Urkunde und hat die Vermuthung der Echtheit für sich.

Desgleichen ist die Echtheit solcher ausländischer Urkunden, denen wegen des Mangels der Gegenseitigkeit die Qualität öffentlicher Urkunden nicht zukommt, durch die im Abs. 2 vorgeschriebene Beglaubigung erwiesen.

In beiden Fällen obliegt der Gegenbeweis dem Beweisgegner. Ausländische Urkunden, denen die Beglaubigung fehlt, ohne dass dieselbe gemäß § 293, Anm. 3, 4 erlassen wäre, unterliegen betreffs der Echtheit der unbeschränkten richterlichen Thatsachenwürdigung.

§ 312. Die Echtheit einer Privaturkunde gilt als unbestritten, wenn der Gegner des Beweisführers es unterlassen hat, sich über die Echtheit der Urkunde zu erklären, soferne nicht die Absicht, die Echtheit zu bestreiten, aus den übrigen Erklärungen des Gegners hervorgeht. Befindet sich auf der Urkunde eine Namensunterschrift, so hat sich der Gegner des Beweisführers unter der gleichen Rechtsfolge auch über die Echtheit der Unterschrift zu erklären.

Die bestrittene Echtheit einer Privaturkunde oder einer auf derselben befindlichen Namensunterschrift ist von demjenigen zu beweisen, der die Urkunde als Beweismittel gebrauchen will.

1. Ueber die Echtheit einer Urkunde hat sich der Beweisgegner zu erklären (§ 178) und zwar sowohl über die Echtheit der Urkunde (Unverfälschtheit), als auch über die Echtheit der etwa auf derselben befindlichen Unterschrift. Er ist hiezu

Digitized by Google

aufzufordern (§ 298). Unterlässt er dennoch die Erklärung, verweigert er also dieselbe, so gilt dies als Geständnis der Echtheit (§ 266), sofern nicht der Bestreitungswille aus den übrigen Erklärungen geschlossen werden muss, was insbesondere bei der Erklärung des Nichtwissens oder Nichterinnerns über fremde Handlungen (§ 267) zu berücksichtigen sein wird.

2. Die Erklärung kann bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung erfolgen (§ 179) und setzt in der Regel (§§ 299, 306) die Vorlegung der Urschrift voraus. Auch wenn die Urkunde einem ersuchten oder beauftragten Richter (§ 300) vorgelegt wird, kann die Erklärung in der mündlichen Verhandlung erfolgen; nur die im vorbereitenden Verfahren unterlassene oder verweigerte Erklärung kann in der mündlichen Verhandlung nicht mehr nachgeholt werden (§ 263).

3. Der Echtheitsbeweis kommt erst dann in Frage, wenn die Echtheit bestritten wird. Erst dann ist es nothwendig, die zur Erweisung der Echtheit erforderlichen Beweise anzubieten. Ein diesbezügliches Vorbringen kann daher nicht im Sinne des § 179 als verspätet zurückgewiesen werden, weil es erst nach der Bestreitung der Echtheit erfolgt ist.

Zum Beweise der Echtheit können alle nach der Civilprocessordnung zulässigen Beweismittel benützt werden, auch ist Schriftenvergleich (§ 314) zulässig.

Wird zwar die Echtheit der Unterschrift auf der Urkunde anerkannt, aber die Echtheit (Unverfälschtheit) der Urkunde bestritten, so ändert dies an der Beweislast nichts. Die gegentheilige Norm der Civilprocessordnung für das Deutsche Reich ist in unser Gesetz nicht aufgenommen worden (A. M. Schauer, S. 455).

§ 313. Eine Partei, welche die Echtheit einer Urkunde in muthwilliger Weise bestritten hat, ist in eine Muthwillensstrafe zu verfällen.

Sowohl die Partei, als deren gesetzlicher Vertreter (§ 5) oder Bevollmächtigter (§ 39) sind in eine Muthwillensstrafe zu verfällen, deren Höhe nach § 220 300 fl. nicht übersteigen darf. Die Bestrafung muthwilliger Ableugnungen der Echtheit einer Urkunde steht damit im Zusammenhange, dass im mündlichen Verfahren auf das Gebot der Wahrhaftigkeit der größte Wert gelegt werden muss (Regierungsmotive, S. 275). Muthwillig ist die Bestreitung der Echtheit, wenn sie gegen besseres Wissen erfolgt.

Schriftvergleichung.

§ 314. Der Beweis der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde kann auch durch Schriftvergleichung geführt werden.

Digitized by Google

Als Vergleichungsschriften können nur solche Schriftstücke benützt werden, deren Echtheit unbestritten ist oder doch ohne erhebliche Verzögerung dargethan werden kann.

Die Bestimmungen dieses Gesetzes über die Vorlegung von Beweisurkunden sind auch in Ansehung der Vorlegung von Vergleichungsschriften anzuwenden.

Mangelt es an zureichenden Vergleichungsschriften, so kann derjenigen Partei, über deren Handschrift der Beweis der Echtheit hergestellt werden soll, aufgetragen werden, vor Gericht oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter eine Anzahl von ihr zu bezeichnenden Worten niederzuschreiben.

Das Niedergeschriebene ist dem Verhandlungsprotokoll beizulegen. Welchen Einfluss es auf die Herstellung des Beweises hat, wenn die Partei einem solchen richterlichen Auftrage keine Folge leistet oder mit offenbar entstellter Schrift schreibt, bleibt der richterlichen Beurtheilung überlassen.

1. Für die Schriftenvergleichung ist nur insofern eine Beschränkung auf bestimmte Arten von Schriften gegeben, als solche Schriften, deren Echtheit bestritten ist und nicht ohne erhebliche Verzögerung dargethan werden kann, zur Vergleichung nicht benützt werden können.

Sache des Beweisführers ist es, die Vorlegung geeigneter Schriften zu veranlassen. Da die Bestimmungen über Vorlegung von Beweisurkunden auch auf Vergleichungsschriften Anwendung finden sollen (Abs. 3), so ergibt sich von selbst, dass die Vorschriften über Urkundenedition angewendet werden können, um Vergleichungsschriften herbeizuschaffen (Regierungsmotive, S. 275). Es gelten überhaupt alle Bestimmungen der §§ 297, 301, 303—305, 308.

2. Nur beim Mangel zureichender Vergleichungsschriften kommt es zur Schriftprobe. Von einem Mangel an Vergleichungsschriften wird auch dort gesprochen werden können, wo die Herbeischaffung der Vergleichungsschriften im Wege der Urkundenedition zwar nicht schlechtweg ausgeschlossen, aber mit ganz unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden ist (Regierungsmotive, S. 275).

Der diesbezügliche Beschluss des Senates (Einzelrichters) ist unanfechtbar (§ 319). Die Niederschrift hat vor dem erkennenden Gerichte oder vor dem hiezu beauftragten oder ersuchten Richter zu erfolgen, bildet eine Beilage des Protokolles und ist sohin von amtswegen zu beachten (§ 217).

3. Weder zum persönlichen Erscheinen, noch zur Schriftprobe darf die Partei gezwungen werden. Verweigert sie die

Digitized by Google

Niederschrift oder verstellt sie ihre Schrift, so ist dies nach § 272 frei zu würdigen.

§ 315. Die Vergleichung der Handschriften kann das Gericht selbst vornehmen oder, wenn sich ihm Zweifel ergeben, das Gutachten von Sachverständigen einholen.

Ueber das Ergebnis der Schriftvergleichung ist vom Gerichte nach freier Ueberzeugung zu entscheiden.

Im § 314 ist zwar als Beweismittel der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde die Schriftvergleichung angeführt, jedoch der § 315 hinzugefügt, um nicht für dieses unsichere Beweismittel das Missverständnis entstehen zu lassen, als ob diesem Beweismittel, welches nur als etwaiger Nothbehelf beibehalten wurde, eine bindende Kraft beiwohnen solle (R. G. Leipzig, XV, S. 336). Beschließt das Gericht, die Schriftenvergleichung selbst vorzunehmen, so ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen und es ist das Resultat derselben in den Urtheilsgründen zu erläutern. Ueber den gleichfalls unanfechtbaren Beschluss auf Beiziehung von Sachverständigen erfolgt die Beweisaufnahme im Sinne der §§ 351 ff., ohne dass jedoch das Gericht an das Gutachten der Sachverständigen bei der Entscheidung gebunden wäre.

Gerichtliche Aufbewahrung von Urkunden.

§ 316. Urkunden, deren Echtheit bestritten ist oder deren Inhalt verändert sein soll, können bis zur rechtskräftigen Erledigung des Processes bei Gericht zurückbehalten werden, sofern nicht ihre Ausfolgung an eine andere Behörde im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich ist.

Die Anordnung, dass eine Urkunde bei Gericht zurückbehalten werden solle, obliegt dem Vorsitzenden (§ 183) und kann durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 319). Der Zweck der gerichtlichen Verwahrung besteht darin, eine weitere Veränderung derselben zu verhüten (Regierungsmotive, S. 275). Im Interesse der öffentlichen Ordnung kann die Auslieferung an eine andere Behörde zur strafrechtlichen oder Disciplinarverfolgung, zur Berichtigung öffentlicher Bücher, im Stempelinteresse (Wilmowski, S. 662) und namentlich dann erforderlich sein, wenn die Urkunde bei einer anderen Behörde bleibend benöthigt wird. Bei einer solchen Ausfolgung wird es jedoch zweckdienlich sein, die betreffende Behörde zu benachrichtigen, dass die Urkunde bis zur rechtskräftigen Erledigung des Processes der Partei nicht ausgefolgt werden soll; denn die Verwahrung bei letzterer Behörde hat

Digitized by Google

anStelle der gerichtlichen Verwahrung zu treten (Regierungsmotive, S. 275).

Nach rechtskräftiger Erledigung des Processes sind auch die so bei Gericht zurückbehaltenen Urkunden der Partei auf ihr Begehren wieder auszufolgen (§ 219).

Erneuerung von Urkunden.

§ 317. Wird eine Privaturkunde unleserlich oder schadhaft, so kann deren Inhaber oder jeder andere Betheiligte vom Aussteller der Urkunde begehren, dass dieselbe auf Kosten des Antragstellers gerichtlich erneuert werde. Hiezu sind alle Personen zu laden, wider welche die Urkunde nach Lage der Sache zum Beweise dienen soll.

Im Falle der Weigerung kann der Aussteller zu solcher Erneuerung nur im Wege der Klage verhalten werden.

Die gerichtliche Erneuerung einer Urkunde besteht in der Ausfertigung einer beglaubigten Abschrift derselben, welche die Urschrift zu ersetzen hat (Ullmann, S. 299). Dieselbe dient zur Sicherung des Beweises durch die schadhafte Urkunde und richtet sich nach den Vorschriften des achten Titels. Mit der Beweisaufnahme ist vorzugehen, auch wenn die geladenen Personen nicht erschienen sind, wenn nur die Originalurkunde dem Gerichte vorliegt. Die Weigerung des Ausstellers muss im Processwege ausgetragen werden; die Weigerung der anderen Betheiligten sowie Einwendungen aller Betheiligten über Form und Inhalt der zu erneuernden Urkunde sind bei der Erneuerung zu berücksichtigen.

Auskunftssachen.

§ 318. Inwieweit durch Denkmäler, Grenzzeichen, Marksteine, Aich- und Heimpfähle und ähnliche Zeichen oder durch Kerb- oder Spannhölzer, welche die Parteien für ihren Verkehr erwiesenermaßen gebraucht haben, ein Beweis geliefert werde, hat das Gericht nach sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu beurtheilen.

Die Bestimmungen der §§ 303 bis 309 sind auch auf die Vorlegung von Auskunftssachen sinngemäß anzuwenden.

Die Auskunftssachen sind im § 318 nicht taxativ aufgezählt. Alle Gegenstände sinnlicher Wahrnehmung, welche zum Beweise einer Thatsache dienen können, „einen Gedanken körperlich darstellen“ (Wetzell, § 24, S. 221), mit alleiniger Ausnahme der schriftlichen Urkunden, sind Auskunftssachen und unterliegen der freien richterlichen Beweiswürdigung.

Digitized by Google

Landkarten, Pläne, Risse, welche keine schriftliche Bestätigung enthalten, sind gleichfalls nur Auskunftssachen. Die Bestimmungen über Edition (§§ 303—309) sind auch auf die Auskunftssachen analog anzuwenden. Desgleichen wird die Partei, welche sich auf solche Auskunftssachen beruft, dieselben im Sinne der §§ 297, 298, 300 vorzulegen oder gemäß § 301 deren Herbeischaffung zu beantragen haben.

§ 319. Gegen die zufolge §§ 298, 299, 300, 301, 309, Abs. 1 und 2, 310, 314 und 315 ergehenden gerichtlichen Beschlüsse, Anordnungen und Aufträge ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.

Die gemäß §§ 303, 307 und 316 gefassten Beschlüsse können durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden.

Der Beschluss, durch welchen einer Partei über Antrag ihres Gegners die Vorlage einer Urkunde aufgetragen wird (§ 303), sowie der im Verfahren über den Editionsantrag ergehende Beschluss über die eidliche Vernehmung jener Partei (§ 307), sind dem Wesen nach processleitende Beschlüsse, und als solche entzieht sie der Entwurf einer separaten Anfechtung. Gleiches gilt auch in Ansehung des nach § 316 ergehenden Beschlusses über die einstweilige Verwahrung der Urkunden.

Auch die im Abs. 1 angeführten gerichtlichen Beschlüsse, Anordnungen und Aufträge ergehen durchwegs in Ausübung der Processleitungsfunction des Gerichtes. Darnach wären sie eigentlich, was ihre Anfechtbarkeit anbelangt, den früher gedachten, im Abs. 2 aufgezählten Beschlüssen an die Seite zu stellen, ihre Anfechtbarkeit wäre bloß zu suspendieren. Der Entwurf schlägt vor, sie für unanfechtbar zu erklären, weil die bloße Sistierung der Anfechtbarkeit in allen diesen Fällen eine genaue Protokollierung nothwendig machen würde (Regierungsmotive, S. 275).

Vierter Titel: **Beweis durch Zeugen.**

Unzulässigkeit und Verweigerung des Zeugnisses.

§ 320. Als Zeugen dürfen nicht vernommen werden:

1. Personen, welche zur Mittheilung ihrer Wahrnehmungen unfähig sind, oder welche zur Zeit, auf welche sich ihre Aussage beziehen soll, zur Wahrnehmung der zu beweisenden Thatsache unfähig waren;

Digitized by Google

2. Geistliche in Ansehung dessen, was ihnen in der Beichte oder sonst unter dem Siegel geistlicher Amtsverschwiegenheit anvertraut wurde;

3. Staatsbeamte, wenn sie durch ihre Aussage das ihnen obliegende Amtsgeheimnis verletzen würden, insofern sie der Pflicht zur Geheimhaltung nicht durch ihre Vorgesetzten entbunden sind.

1. Zeuge im Civilprocesse ist jede von den Parteien verschiedene Person, welche ihre eigenen Wahrnehmungen über Thatsachen dem Gerichte zum Zwecke der Beweisführung mitzutheilen hat, und zwar entweder unmittelbar dem Processgerichte oder mittelbar dem ersuchten oder beauftragten Richter.

Die Parteien können nicht als Zeugen vernommen werden (§ 371). Als Partei gilt auch deren gesetzlicher Vertreter, der Gemeinschuldner, jeder öffentliche Gesellschafter einer offenen, jeder persönlich haftende Gesellschafter einer Commanditgesellschaft und jeder Streitgenosse (§ 373), der Nebenintervenient nach § 20 (Anm. 3), der Director einer Actiengesellschaft, welcher dieselbe im Processe vertritt (R. G. Leipzig, II, S. 400), das Vorstandsmitglied einer Genossenschaft (R. G. Leipzig, Fuchsberger. S. 550), der Nebenintervenient, der mit Einwilligung der Processparteien in den Rechtsstreit eingetreten ist (§ 19), der Auctor, der nach § 23 in den Rechtsstreit eintritt.

Dagegen können als Zeugen vernommen werden Nebenintervenienten, die weder in den Rechtsstreit als Partei eingetreten, noch nach § 20 Streitgenossen sind, Bevollmächtigte.

2. Nach Ziffer 1 dürfen als Zeugen nicht vernommen werden Wahrnehmungsunfähige und Aussageunfähige, d. i. Kinder, Irre, in gewisser Beziehung auch Taube, Blinde, Stumme, Volltrunkene u. s. w.

Unter Geistlichen der Ziffer 2 sind die Seelsorger aller staatlich anerkannten Religionsgesellschaften zu verstehen.

Staatsbeamte, also nicht auch Landes- und Gemeindebeamte, sind zur Wahrung des Amtsgeheimnisses auch nach dem Austritte aus dem Dienstverhältnisse verpflichtet.

Das Vorhandensein der im § 320 aufgezählten Unzulässigkeitsgründe ist von amtswegen zu beachten, ohne dass es hiezu eines Antrages der Parteien oder einer Verweigerung des Zeugnisses bedarf, wenn auch die Zeugen selbst und die Parteien auf die Unzulässigkeit der Vernehmung aufmerksam machen können. Hält das Gericht die Vernehmung eines Staatsbeamten ohne dessen Entbindung von der Pflicht zur Geheimhaltung für unzulässig, so hat es die Entscheidung des

Digitized by Google

Vorgesetzten des Beamten einzuholen, welche für das Gericht bindend sein dürfte.

Desgleichen wird es rathsam sein, im Zweifel die Wohlmeinung des Vorgesetzten eines als Zeugen zu vernehmenden Seelsorgers darüber einzuholen, ob im concreten Falle durch die Zeugeneinvernahme das Beichtsiegel oder das Siegel geistlicher Verschwiegenheit verletzt würde.

Der Zeuge kann vor seiner Beeidigung über die Zulässigkeit seiner Abhörung befragt werden (§ 337) und es kann der Senat (Einzelrichter) auf Grund dieser Befragung beschließen, dass die Abhörung des Zeugen zu unterbleiben habe.

Der beauftragte oder ersuchte Richter ist zu diesem Beschlusse nicht berechtigt (§ 337).

Der Beschluss kann durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 349).

§ 321. Die Aussage darf von einem Zeugen verweigert werden:

1. Ueber Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen, seinem Ehegatten oder einer Person, mit welcher der Zeuge in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum zweiten Grade verwandt oder verschwägert, oder mit welcher er durch Adoption verbunden ist, ferner seinen Pflegeeltern und Pflegekindern, sowie seinem Vormunde oder Mündel zur Schande gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde;

2. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer der in Z. 1 bezeichneten Personen einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Nachtheil zuziehen würde;

3. in Bezug auf Thatsachen, über welche der Zeuge nicht würde aussagen können, ohne eine ihm obliegende staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit zu verletzen, insoferne er hievon nicht giltig entbunden wurde;

4. in Ansehung desjenigen, was dem Zeugen in seiner Eigenschaft als Advocat von seiner Partei anvertraut wurde;

5. über Fragen, welche der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein Kunst- oder Geschäftsgeheimnis zu offenbaren.

Die Aussage kann in den unter Z. 1 und 2 angegebenen Fällen mit Rücksicht auf die daselbst bezeichneten Angehörigen auch dann verweigert werden, wenn das eheliche Verhältnis, welches die Angehörigkeit begründet, nicht mehr besteht.

1. Nach § 321, welcher durch § 322 eingeschränkt wird, steht es im Belieben des Zeugen, ob er im Falle rechtmäßiger Entschuldigungsgründe die Aussage ganz oder über einzelne

Digitized by Google

Fragen verweigern will oder nicht. Dagegen steht dem Zeugen nicht das Recht zu, die Beeidigung seiner Aussage, von der er befreit wäre, zu verweigern und unbeeidet aussagen zu wollen, weil über die Beeidigung die Beschlussfassung einzig und allein dem Gerichte zusteht (§ 337). Die zu vernehmenden Personen sind gemäß § 339 stets zu belehren, über welche Fragen die Aussage von einem Zeugen verweigert werden darf, auch ist in ihrer Ladung der Gegenstand der Vernehmung kurz zu bezeichnen (§ 329).

2. Der Kreis der von der Zeugnispflicht befreiten Personen ist betreffs der persönlichen Befreiungsgründe enger gezogen als in der Strafprocessordnung (§ 152), nachdem die Befreiung in der Seitenlinie nur bis zum zweiten Grade: Geschwister und deren Ehegenossen, reicht. Das Band der Schwägerschaft wird nach dem Schlussatze durch den Tod oder die anderweitige Auflösung der Ehe nicht aufgehoben und die Verwandtschaft und Schwägerschaft kann sowohl auf ehelicher als auf unehelicher Geburt beruhen.

3. Der Begriff der Schande ist, abgesehen von demjenigen, was nach allgemeinen moralischen Grundsätzen jedem zur Schande gereichen muss, wesentlich von den Standesverhältnissen desjenigen abhängig, um dessen Ehre es sich handelt (Wilmowski, S. 594).

Während die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung nicht auf die Gefahr einer Verfolgung im Disciplinarwege oder auf eine gefällsgerichtliche Verfolgung ausgedehnt werden kann, steht es doch außer Zweifel, dass die Disciplinarbehandlung eines Beamten oder Advocaten demselben zur Schande gereichen kann.

Die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung ist nur von einer solchen durch Civil- oder Militärstrafgerichte (einschließlich der Verfolgung wegen einer Uebertretung) zu verstehen. Es ist keineswegs erforderlich, dass die Beantwortung der betreffenden Fragen ohne weiters und mit Nothwendigkeit auch die wirkliche Bestrafung des Zeugen nach sich ziehen muss; vielmehr genügt die Gefahr, dass der Zeuge sich durch die Beantwortung der Frage in bejahendem oder verneinendem Sinne einer strafgerichtlichen Verfolgung aussetzt (Reichsgericht Leipzig, XXIII, S. 134).

Nur ein unmittelbarer vermögensrechtlicher Nachtheil berechtigt zur Weigerung und auch dieser nur unter der Einschränkung des § 322. Ohne diese Beschränkung könnte sich dieser Weigerungsgrund namentlich bei Verhandlung von Erbrechtsprocessen sowie bei jenen Streitigkeiten leicht als außer-

Digitized by Google

ordentliche Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung fühlbar machen, welche dem Gebiete des ehelichen Güterrechtes angehören oder die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern betreffen (Regierungsmotive, S. 276).

Das Recht der Verweigerung der Aussage würde in den zu Ziffer 1 und 2 gehörigen Fällen illusorisch, wenn der Zeuge zur Begründung seiner Weigerung angeben müsste, ob er die betreffenden Fragen zu bejahen oder zu verneinen gezwungen wäre. Es genügt, glaubhaft zu machen, dass die Beantwortung der Fragen nach der einen oder anderen Richtung für den Zeugen gefährlich wäre.

4. Heil- oder Wundärzte, Geburtshelfer, Hebammen, welche die Geheimnisse der ihrer Pflege anvertrauten Person, Apotheker, welche die ihnen durch Recepte bekannt werdenden Geheimnisse eines Kranken jemand anderem als der ämtlich anfragenden Behörde mittheilen, sind nach §§ 498, 499 St. G. strafbar. Hebammen sollen die Geheimnisse der sich ihrer Pflege anvertrauenden Personen gewissenhaft bewahren (§ 17, M. V. v. 4. Juni 1881, Nr. 54 R.-G.-Bl.), Handelsmäkler sind zur Verschwiegenheit über die Aufträge, Verhandlungen und Abschlüsse verpflichtet, soweit nicht das Gegentheil durch die Parteien bewilligt oder durch die Natur des Geschäftes geboten ist (Art. 69, Ges. v. 1. April 1875, Nr. 68 R.-G.-Bl.), Notare sind den Betheiligten zur Verschwiegenheit über die vor ihnen stattgehabten Verhandlungen verpflichtet, soweit sie nicht nach der Not. Ordn. Mittheilungen aus ihren Acten zu machen haben (§ 37, N. O.). Der Advocat ist zur Verschwiegenheit über die ihm anvertrauten Angelegenheiten verpflichtet (§ 9, Adv. O.).

Wodurch das Kunst- oder Geschäftsgeheimnis zur Kenntnis des Zeugen gelangt ist, ob er es selbst erfunden oder von seinem Meister, Fabriksherrn etc. erfahren hat, ist gleichgiltig. Es bleibt immer ein Geheimnis, sobald es für die Kunst- oder Geschäftsgenossen nicht allgemein bekannt ist (Wilmowski, S. 594).

§ 322. Ueber Errichtung und Inhalt von Rechtsgeschäften, bei welchen der Zeuge als Urkundsperson beigezogen worden ist, über Thatsachen, welche die durch das Ehe- oder Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen, über Geburten, Verheiratungen oder Sterbefälle der im § 321, Z. 1 bezeichneten Angehörigen, endlich über Handlungen, welche der Zeuge in Betreff des streitigen Rechtsverhältnisses als Rechtsvorgänger oder Vertreter einer der Parteien vorgenommen hat, darf das Zeugnis wegen eines zu besorgenden vermögensrechtlichen Nachtheiles nicht verweigert werden.

Digitized by Google

Der Zeuge muss als Urkundsperson beigezogen worden sein, eine bloß zufällige Anwesenheit bei Errichtung des Geschäftes genügt nicht. Zum Vermögen gehört alles, was Geldeswert hat. Das Gesetz rechnet zu den durch das Ehe- oder Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheiten solche, die sich auf das Familien- oder Erbrecht beziehen, z. B. Ansprüche aus dem ehelichen Güterrecht, erbrechtliche Ansprüche aller Art, Alimentationsansprüche (O. L. G. f. Bayern, Fuchsberger, S. 244 Erg.-Bd.).

Rechtsvorgänger ist jener, der Inhaber des Rechtes war oder in dem Rechtsverhältnisse stand, aus dem nunmehr die Processansprüche von der Partei abgeleitet werden. Die Handlungen, um deren Bestätigung es sich handelt, müssen vor dem Uebergange des Rechtes an die Processpartei von ihm vorgenommen worden sein. Vertreter ist hier im Sinne des Bevollmächtigten oder Geschäftsführers ohne Auftrag zu verstehen, da der gesetzliche Vertreter nicht als Zeuge, sondern als Partei zu vernehmen ist (§ 373). Nur der gewesene gesetzliche Vertreter könnte als Zeuge einvernommen werden. Die Zeugnispflicht beschränkt sich auf Handlungen und darf auf Wahrnehmungen nicht ausgedehnt werden.

§ 323. Ein Zeuge, welcher die Aussage ganz oder über einzelne Fragen verweigern will, hat die Gründe der Weigerung mündlich oder schriftlich vor der zu seiner Vernehmung bestimmten Tagsatzung oder bei dieser Tagsatzung selbst anzugeben, und wenn ein Widerspruch erfolgt, glaubhaft zu machen.

Im ersteren Falle ist ein solches Vorbringen des Zeugen den Parteien, soweit thunlich, noch vor der zur Vernehmung bestimmten Tagsatzung bekannt zu geben.

Der Zeuge, der zur Verweigerung der Aussage befugt ist, darf nicht einfach von der Tagsatzung ausbleiben, sondern muss sein Ausbleiben begründen, sonst setzt er sich den Strafen und Zwangsmaßregeln des § 333 aus. Hat er sich aber vor der Tagsatzung im Sinne des ersten Absatzes erklärt, was zu Protokoll oder mittels Schriftsatzes ohne rechtsfreundliche Fertigung zu geschehen hat, so braucht er bei der Tagsatzung nicht zu erscheinen (§ 324).

Hat er seine Weigerung nicht begründet, so kann er gemäß § 325 zur Aussage zwangsweise verhalten werden. Die Gründe seiner Weigerung kann aber der Zeuge jedenfalls bei der Tagsatzung nachtragen, wie er auch erst im Falle einer Bestreitung seiner Gründe zur Glaubhaftmachung (§ 274) derselben verpflichtet ist.

Digitized by Google

Den Parteien ist das vor der Tagsatzung eingelangte Vorbringen des Zeugen, soweit thunlich, d. h. wenn die Verständigung der Parteien noch möglich ist, noch vor der Vernehmungstagsatzung durch Mittheilung des Schriftsatzes oder der Protokollsabschrift (§ 80) bekannt zu geben. Erkennt der Beweisführer den Weigerungsgrund des Zeugen als richtig an und verzichtet sohin auf dessen Einvernahme, so entfällt eine gerichtliche Entscheidung, andernfalls ist über die Weigerung nach § 324 zu entscheiden.

§ 324. Ueber die Rechtmäßigkeit der Weigerung hat, wenn die Weigerung vor dem erkennenden Gerichte vorgebracht wurde, dieses selbst, sonst aber der beauftragte oder ersuchte Richter, vor welchem die Weigerung erfolgte, mittels Beschluss zu entscheiden. Vor der Entscheidung kann das Gericht die Parteien hören.

Bei etwaigen Verhandlungen über die Rechtmäßigkeit der Weigerung braucht sich der Zeuge nicht durch einen Advocaten vertreten zu lassen. Hat er seine Weigerung schriftlich oder zu gerichtlichem Protokoll erklärt, so ist sein Vorbringen bei der Entscheidung auch dann zu berücksichtigen, wenn er bei der zu seiner Einvernehmung anberaumten Tagsatzung nicht erscheint.

Das Verfahren behufs der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Weigerung eines Zeugen erfolgt in Ausübung der Officialthätigkeit des Gerichtes. Eine eigentliche mündliche Verhandlung findet nicht statt. In Fällen zweifellos berechtigter Weigerung kann den Parteien, wenn der Zeuge seine Weigerung rechtzeitig vor der Tagfahrt angezeigt hat, das Erscheinen vor Gericht ganz erspart und der Beschluss in nicht öffentlicher Sitzung gefasst und den Parteien in Erledigung des die Weigerung des Zeugen enthaltenden Schriftsatzes oder Protokolles (§ 323) schriftlich mitgetheilt werden. Hält das Gericht ein Aufklärung für nöthig, so kann es eine oder beide Parteiee (schriftlich oder mündlich) über die Gründe der Weigerunn und die Rechtmäßigkeit derselben hören. Dem Zeugeg muss es nach der Natur der Sache gestattet sein, an den Verhandlung über die Zeugnisverweigerung theilzunehmenr Wenn er aber das Gericht auf schriftlichem Wege durch eine. protokollarische Erklärung oder mittels Schriftsatzes von den Gründen seiner Weigerung in Kenntnis gesetzt hat, scheint keine Ursache vorhanden, vom Zeugen den mündlichen Vortrag jener Gründe unbedingt zu verlangen (Regierungsmotive, S. 277). Die Entscheidung steht bei Gerichtshöfen dem erkennenden Gerichte zu; erfolgt sie in der mündlichen Verhandlung, so

Digitized by Google

folgt unmittelbar nach der Entscheidung die Einvernahme des Zeugen, oder wenn die Weigerung für gerechtfertigt erkannt wird und die Tagsatzung gemäß § 281 gleichzeitig zur mündlichen Streitverhandlung angeordnet war, die Fortsetzung derselben. Bei Zeugeneinvernahmen vor dem ersuchten oder beauftragten Richter hat dieser über die Rechtmäßigkeit der Weigerung zu entscheiden. Der Beschluss kann in beiden Fällen durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 349), doch kann das Processgericht die Einvernahme des Zeugen verfügen, wenn es die Weigerung des Zeugen vor dem ersuchten oder beauftragten Richter für unzulässig erachtet (§ 344).

§ 325. Wird das Zeugnis ohne Angabe von Gründen verweigert oder beharrt der Zeuge auf seiner Weigerung auch, nachdem dieselbe als nicht gerechtfertigt erkannt worden ist, oder wird die Ableistung des geforderten Zeugeneides verweigert, so kann der Zeuge auf dem Wege der zur Erzwingung einer Handlung zulässigen Execution von amtswegen durch Geldstrafen oder durch Haft zur Aussage verhalten werden. Die Haft darf nicht über den Zeitpunkt der Beendigung des Processes in der Instanz verlängert werden und in keinem Falle die Dauer von sechs Wochen überschreiten.

Die Entscheidung, dass gegen den Zeugen mit der Execution vorzugehen sei, sowie die Anordnung der einzelnen Zwangsmittel steht dem erkennenden Gerichte, wenn aber die Vernehmung durch einen ersuchten Richter geschehen soll, diesem zu. Vor der Beschlussfassung ist der Zeuge zu hören.

1. Die Zwangsmittel wegen ungerechtfertigter Verweigerung der Aussage oder des Eides sind von den Ordnungs- und Muthwillensstrafen und von der zwangsweisen Vorführung des ausgebliebenen Zeugen (§ 333) zu unterscheiden. Die Vorschriften der §§ 325 und 333 sind nebeneinander anwendbar, so dass ein wegen Ausbleibens bestrafter und vorgeführter Zeuge in der Folge auch zur Aussage oder zur Ablegung des Eides gezwungen werden kann.

2. Die Zwangsmittel des § 325 sind anwendbar:

a) wenn der Zeuge die Aussage oder den Zeugeneid (§ 337) ohne Angabe von Gründen verweigert, was auch dann der Fall ist, wenn der erschienene Zeuge einfach keine Antwort gibt, in welchem Falle eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Weigerung entfällt;

b) wenn der Zeuge nach Ablehnung seiner Weigerungsgründe bei seiner Weigerung ohne Angabe anderer Gründe beharrt.

Digitized by Google

3. Die Entscheidung steht dem erkennenden Gerichte oder dem ersuchten Richter, nicht aber dem beauftragten Richter zu. Vor der Entscheidung muss der Zeuge unter Ausbleibensfolgen (§ 144) gehört werden.

Die Verhängung der Zwangsmittel erfolgt von amtswegen, jedoch nach den Vorschriften des § 354 E. O. Die Geldstrafe (bis zum Betrage von 2000 fl.) oder die Haft (bis 6 Wochen) ist sohin zunächst anzudrohen, bei fortdauernder Weigerung zu verhängen, einzutreiben und von Fall zu Fall zu verschärfen, jedoch innerhalb der Grenzen von 6 Wochen für die Haft und von 10.000 fl. für die Geldstrafe. Gegen Militärpersonen, Mitglieder der Militärpolizeiwache oder der Sicherheitswache ist sich wegen Verhängung der Haft nach § 363 E. O. an deren vorgesetztes Commando zu wenden.

§ 326. Die Beschlussfassung darüber, ob und in welcher Weise der Fortgang des Verfahrens in der Hauptsache durch die ungerechtfertigte Weigerung der Aussage, der Ableistung des Zeugeneides oder durch die deshalb wider den Zeugen eingeleiteten Zwangsmaßregeln beeinflusst werde, steht dem erkennenden Gerichte zu. Der beauftragte oder ersuchte Richter hat deshalb das Processgericht von diesen Vorfällen jederzeit ohne Aufschub in Kenntnis zu setzen. Die Entscheidung des erkennenden Gerichtes kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

In allen Fällen ungerechtfertigter Weigerung haftet der Zeuge beiden Parteien für den ihnen durch die Vereitlung oder Verzögerung der Beweisführung verursachten Schaden; er ist insbesondere auch zum Ersatze aller durch seine Weigerung verursachten Kosten verpflichtet.

Wenn die Weigerung des Zeugen eine muthwillige war, ist gegen den Zeugen überdies eine Muthwillensstrafe zu verhängen. Die Beschlussfassung über die Pflicht zum Kostenersatz steht dem erkennenden Gerichte zu; zur Verhängung von Muthwillensstrafen ist auch der beauftragte oder ersuchte Richter berechtigt.

1. Ob wegen der Hindernisse, welche sich der Beweisaufnahme infolge des Widerstandes des Zeugen entgegenstellen, das Verfahren in der Hauptsache ohne Rücksicht auf diese Beweisaufnahme fortzusetzen sei oder nicht, ob etwa für die Bewirkung der Beweisaufnahme eine Frist im Sinne des § 279 gegeben werden solle u. s. w., über diese Frage kann selbstverständlich nur von dem erkennenden Gerichte entschieden werden (Regierungsmotive, S. 277). Die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens und über die Fortsetzung der

Digitized by Google

Verhandlung nach Ablauf der gemäß § 335 für eine solche Zeugeneinvernahme gesetzten Frist kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 349). Dagegen ist gegen den Beschluss, durch welchen die Benützung eines solchen Beweises gemäß § 279 bewilligt oder ausgeschlossen wird, nach § 291 nur ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen.

2. Die Haftpflicht des die Aussage widerrechtlich verweigernden Zeugen ist nicht Jncidenz des Processes, sondern in einem besonderen Processe auszutragen. Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht dagegen erfolgt durch das Processgericht. Haben die Parteien die Kosten noch nicht liquidiert, so muss gemäß § 334 binnen der unerstreckbaren Frist von 8 Tagen nach Rechtskraft des die Kostenersatzpflicht aussprechenden Beschlusses das Kostenverzeichnis vorgelegt und die Feststellung der Kosten beantragt werden, welche gleichfalls durch das Processgericht zu erfolgen hat.

Die Kosten, welche dem die Aussage begründet verweigernden Zeugen aus der Anzeige dieses Umstandes und aus der etwa hierüber eingeleiteten Zwischenverhandlung erwachsen sind, wird der Beweisführer resp. diejenige Partei zu tragen haben, welche die Rechtmäßigkeit der Weigerung bestritten hat (§§ 41, 52). Die Muthwillensstrafe darf den Betrag von 300 fl. nicht übersteigen (§ 220), ist von dem Processgerichte, dem beauftragten oder ersuchten Richter zu verhängen und es kann der dieselbe verhängende Richter einem Recurse selbst stattgeben (§ 522).

Würdigung der Zeugenaussage.

§ 327. Alle Umstände, welche auf die Unbefangenheit des Zeugen und die Glaubwürdigkeit seiner Aussage von Einfluss sind, hat das Gericht nach freier Ueberzeugung sorgfältig zu würdigen.

Die freie Beweiswürdigung (§ 272) erstreckt sich auch auf die Qualität des Zeugen und die Art der Aussage desselben. Zur Klarstellung der diesbezüglich maßgebenden Umstände ist der Zeuge über seine persönlichen Verhältnisse (§ 337), erforderlichenfalls über seine Beziehungen zu den Parteien und über die seine Glaubwürdigkeit betreffenden Umstände (§ 340) zu befragen. Auch die Parteien können Fragen über die für die Beweiskraft wesentlichen Umstände an den Zeugen stellen oder durch den Richter stellen lassen (§ 289). Weiters haben sich die Parteien in den Schriftsätzen (§ 78), in ihren Vorträgen (§ 178) über die angebotenen Zeugenbeweise und in letzteren auch über die Ergebnisse der durchgeführten Zeugen-

Digitized by Google

beweise auszusprechen. Nach der allgemeinen Anschauung kann eine verlässliche Ueberzeugung nur durch die übereinstimmende Aussage mehrerer Zeugen begründet werden, doch steht nichts entgegen, auch der Aussage eines Zeugen vollen Glauben beizumessen (Ullmann, S. 461), insbesondere, wenn sie durch anderweitige Momente unterstützt wird.

Beweisaufnahme durch den beauftragten oder ersuchten Richter.

§ 328. Die Aufnahme des Zeugenbeweises kann durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen:

1. wenn die Vernehmung des Zeugen an Ort und Stelle der Ermittlung der Wahrheit förderlich erscheint;

2. wenn die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gerichte erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde;

3. wenn die Vernehmung des Zeugen vor dem erkennenden Gerichte mit Rücksicht auf die dem Zeugen zu gewährende Entschädigung für Zeitversäumnis und die ihm zu erstattenden Kosten der Reise und des Aufenthaltes am Orte der Vernehmung einen unverhältnismäßig großen Aufwand verursachen würde;

4. wenn der Zeuge an dem Erscheinen vor dem erkennenden Gerichte gehindert ist.

Ein Zeuge, welcher infolge Krankheit, Gebrechlichkeit oder aus anderen Gründen außerstande ist, seine Wohnung zum Zwecke der Vernehmung zu verlassen, oder welcher infolge bestehender Anordnungen nicht verpflichtet ist, zur Abgabe einer Zeugenaussage in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten im Gerichtshause zu erscheinen, wird in seiner Wohnung vernommen.

Mitglieder des kaiserlichen Hauses werden als Zeugen durch den Obersthofmarschall oder außer Wien durch den Präsidenten des Kreis- oder Landesgerichtes ihres Aufenthaltsortes in ihrer Wohnung vernommen.

Ungeachtet der im Absatze 1, Z. 3 bezeichneten Umstände sind Zeugen auf Antrag zur Vernehmung vor das erkennende Gericht zu laden, wenn sich eine Partei bereit erklärt, den damit verbundenen Aufwand, soweit derselbe die Kosten der Beweisaufnahme durch den ersuchten Richter übersteigt, ohne Anspruch auf Ersatz zu bestreiten. Der Vorsitzende kann anordnen, dass die antragstellende Partei innerhalb einer bestimmten Frist einen von ihm zu bestimmenden Betrag zur Deckung dieses Aufwandes vorschussweise erlege (§ 332, Abs. 2).

1. Die Beweisaufnahme außerhalb der mündlichen Verhandlung wurde in Consequenz des zu § 276 angedeuteten Ge-

Digitized by Google

sichtspunktes auf die Fälle beschränkt, in welchen eine andere Art der Vernehmung des Zeugen unvermeidlich oder doch behufs Hintanhaltung erheblicher Schwierigkeiten räthlich ist (§ 328, Z. 2 und 4), oder die Vernehmung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter geradezu durch die Rücksicht auf andere wichtige Processziele postuliert wird (§ 320, Z. 1 und 3) (Regierungsmotive, S. 277).

2. Der Ermittlung der Wahrheit wird die Vernehmung des Zeugen an Ort und Stelle förderlich sein, wenn dadurch die Gewinnung des Verständnisses und die Feststellung des Beweisgegenstandes erleichtert werden kann, wie dies bei Grenzstreitigkeiten, Besitzstörungsprocessen u. s. w. häufig der Fall ist. Doch kann auch das erkennende Gericht selbst die Beweisaufnahme an Ort und Stelle vornehmen (§§ 132, 276).

3. „Erhebliche Schwierigkeiten“ können sowohl sachlich in der Art der Beweisaufnahme liegen, als auch durch eine große Menge von Zeugen oder durch die Geschäftsüberbürdung des Gerichtes begründet sein. Wenn Zeugeneinvernahmen vor dem erkennenden Gerichte tagelang andauern sollen, wird die Aufmerksamkeit der Richter kaum andauern. Es wäre jedoch falsch, die Zeitersparnis, welche aus der Einvernahme durch einen Richter immer resultiert, zum Vorwande für die Anwendung der Ausnahmsbestimmung der Ziffer 2 zu benützen. Es muss sich immer um erhebliche Erschwerungen oder Verzögerungen (§ 245) handeln.

4. Dass der Zeuge außerhalb des Sprengels des Processgerichtes wohnt, genügt zur Anwendung der Ziffer 3 nicht. Das Verhältnis der Kosten zu dem Werte des Streitgegenstandes, das Interesse des Processgerichtes an der persönlichen Vernehmung des Zeugen und die in der beschwerlichen Zureise des Zeugen gelegene Belästigung desselben sind allein maßgebend.

Oft ist die Verkehrsverbindung des Wohnortes des Zeugen mit dem Sitze des Processgerichtes günstiger als mit seiner abseits gelegenen Bezirksstadt.

Die Partei, welche das Erscheinen des Zeugen vor dem erkennenden Gerichte wünscht, kann dies erreichen, wenn sie sich bereit erklärt, den damit verbundenen Mehraufwand aus eigenem zu tragen (Motive des Herrenhauses, S. 14).

5. Infolge bestehender Anordnungen sind die bei § 132 aufgezählten Consuln, Generalconsuln, Viceconsuln, Consularagenten und ihre Kanzler in ihrer Wohnung zu vernehmen. Das Fragerecht der Parteien ist bezüglich aller Personen, welche

Digitized by Google

infolge bestehender Anordnungen im Gerichtshause zum Zwecke ihrer Einvernahme nicht erscheinen müssen, durch rechtzeitige Mittheilung schriftlicher Fragen auszuüben (§ 341).

6. Aus den im § 328 aufgezählten Gründen kann gemäß §§ 245, 246 auch eine vorbereitende Beweisaufnahme angeordnet werden. Als beauftragter Richter ist nach § 282 in der Regel ein Mitglied des Erkenntnissenates zu bestimmen; um die Beweisaufnahme durch einen ersuchten Richter ist regelmäßig das Bezirksgericht anzugehen (§ 37 J. N.). Auscultanten dürfen dazu nicht verwendet werden (§ 3, Ger.-Verf.-Ges.).

Der Beschluss, dass eine Zeugeneinvernahme durch einen ersuchten oder beauftragten Richter stattzufinden habe, kann durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 291). Die Beschlussfassung steht dem Senate zu (§ 276).

Ladung.

§ 329. Die Ladung eines Zeugen ist vom Gerichte auszufertigen.

Die Ladung hat nebst der Benennung der Parteien und einer kurzen Bezeichnung des Gegenstandes der Vernehmung die Aufforderung zu enthalten, zur Ablegung eines Zeugnisses bei der gleichzeitig nach Ort und Zeit bestimmten Tagsatzung zu erscheinen. In der Ladungsurkunde sind die gesetzlichen Bestimmungen über die Zeugengebüren sowie die gesetzlichen Folgen des Ausbleibens bekannt zu geben.

Die Ladung der zu vernehmenden Zeugen erfolgt von amtswegen durch den Vorsitzenden des Senates (Einzelrichter), den ersuchten oder beauftragten Richter.

Die Ladung entfällt, wenn die Partei die zu vernehmenden Zeugen zur Verhandlung mitbringt. Auch erscheint es zulässig, dass sich die Parteien erbieten, die zugelassenen Zeugen zur nächsten Tagsatzung mitzubringen. In diesem Falle hat aber die Ladung unter Erstreckung der Tagsatzung nachträglich zu erfolgen, wenn der Zeuge nicht erscheint, ohne dass den Zeugen die Folgen des Ausbleibens treffen.

Der Inhalt der Ladungsurkunde muss so beschaffen sein, dass sich der Zeuge sofort über den Gegenstand seiner Vernehmung informieren könne; andernfalls würde die Einvernehmung leicht dadurch erschwert oder verzögert, dass der Zeuge seine Erinnerungen erst vor Gericht ordnen und vielleicht eine Vertagung erwirken muss, um die zur Unterstützung seines Gedächtnisses nöthige Einsicht von Aufschreibungen zu nehmen u. dgl. Die Ausführlichkeit der Ladungsurkunde darf jedoch nicht über das durch diesen Zweck gebotene Maß hinausgehen,

Digitized by Google

sonst würde sie überflüssige Mühe verursachen und überdies könnten detaillierte Mittheilungen über die dem Zeugen zu stellenden Fragen die Prüfung der Aufrichtigkeit des Zeugen erschweren (Regierungsmotive, S. 277). Doch soll durch diese Mittheilung dem Zeugen auch die Ausübung seines Weigerungsrechtes noch vor der Tagsatzung ermöglicht werden.

Die gesetzlichen Bestimmungen über Zeugengebüren sind im § 346, über die Folgen des Ausbleibens im § 333 enthalten.

Hat die Ladung, gegen die ein Rechtsmittel nicht zusteht (§ 349), den vorgeschriebenen Inhalt nicht, so ist der Zeuge nicht ordnungsmäßig geladen und braucht der Ladung nicht Folge zu leisten.

Bei der Ladung sind außerdem die Bestimmungen der §§ 330, 331 zu beachten.

§ 330. Die Ladung einer in activer Dienstleistung stehenden Person der bewaffneten Macht erfolgt mittels eines an das vorgesetzte Commando des Zeugen oder an das nächste Militärstationscommando gerichteten Ersuchens.

Ladungen an selbständige Commandanten der Gendarmerie, der Militärpolizeiwache und der Sicherheitswache sind den Commandanten unmittelbar zuzustellen. Wegen der Zustellung der Ladung an andere Mitglieder dieser Körper ist sich an deren Vorgesetzte zu wenden.

Die Vorschrift ist beschränkt auf die in activer Dienstleistung stehenden Personen, ohne Rücksicht darauf, ob sie in Strafsachen der Militärgerichtsbarkeit unterstehen oder nicht (§ 202). Urlauber, nicht einberufene Reservisten (§ 3, Ges. v. 20. Mai 1869, Nr. 78 R. G.-Bl.) und nicht einberufene Landwehrmänner (§ 1, Ges. v. 2. April 1885, Nr. 93 R.-G.-Bl.) bis zum Tage der Einberufung oder Präsentierung sind auf die gewöhnliche Weise zu laden.

Behufs Bewirkung von Ladungen an exterritoriale Personen oder an Personen, welche ihren Gerichtsstand vor dem Obersthofmarschallamte haben (Art. III. E. G. z. J. N.) ist die Vermittlung des Obershofmarschallamtes und erforderlichenfalls des Ministeriums des kaiserlichen Hauses und des Aeußeren in Anspruch zu nehmen (§ 119). Gleiches ist bei Zustellungen in den kaiserlichen Hofgebäuden oder in den Wohnungen der Mitglieder des kaiserlichen Hauses oder exterritorialer Personen zu beobachten (§ 32, J. N.).

§ 331. Steht die als Zeuge zu ladende Person in einem öffentlichen Amte oder Dienste und muss voraussichtlich zur

Digitized by Google

Wahrung der Sicherheit oder anderer öffentlicher Interessen eine Stellvertretung während der Verhinderung dieser Person eintreten, so ist gleichzeitig deren unmittelbarer Vorgesetzter von der ergangenen Ladung zu benachrichtigen.

Diese Bestimmung ist auch dann anzuwenden, wenn ein Angestellter oder Bediensteter einer mit mechanischen Motoren betriebenen Transportanstalt, ein Berg-, Hütten- oder Walzwerksarbeiter oder eine im Privatforstdienste stehende Person zu laden sind.

§ 332. Ist einem Zeugen voraussichtlich eine Vergütung zu leisten, so kann der Vorsitzende oder der beauftragte oder ersuchte Richter anordnen, dass der Beweisführer innerhalb einer bestimmten Frist einen von ihnen zu bestimmenden Betrag zur Deckung des durch die Vernehmung des Zeugen entstehenden Aufwandes vorschussweise erlege.

Bei nicht rechtzeitigem Erlage kann die Ausfertigung der Ladung unterbleiben und die Verhandlung auf Antrag des Gegners ohne Rücksicht auf die ausstehende Beweisaufnahme fortgesetzt werden (§ 279).

1. Jeder Zeuge hat Anspruch auf Ersatz der Aufenthalts- und Reisekosten. Eine Entschädigung für Zeitversäumnis kann von einem Zeugen nur dann begehrt werden, wenn ihm ein empfindlicher Abbruch an seinem täglichen Erwerbe verursacht wird (§ 346).

Mittels unanfechtbaren Beschlusses kann der Vorsitzende, der ersuchte oder beauftragte Richter, und zwar ersterer auch im Falle der Beweisaufnahme durch einen der letzteren den Erlag eines Kostenvorschusses anordnen und für diesen Erlag eine erstreckbare Frist bestimmen. Aus dem erlegten Vergütungsvorschusse kann dem Zeugen der zur Bestreitung der Reisekosten nöthige Betrag im voraus gereicht werden (§ 346, Abs. 4).

Die Einforderung des Vorschusses ist nicht obligatorisch vorgeschrieben, weil sonst das Verfahren bei zweifellos vermögenden Processparteien ohne Noth Aufenthalt erleiden würde.

Es soll hiernach lediglich mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse der Parteien die Entscheidung darüber getroffen werden, ob die Vorschrift des § 332 zur Anwendung zu bringen ist oder nicht (R. G. Leipzig, XXI, S. 398). Bei Parteien, welche das Armenrecht genießen, ist die Abforderung eines Kostenvorschusses unzulässig (§ 64).

Digitized by Google

2. Man könnte daran denken, dieser Anordnung durch die Sanction eine größere Kraft zu verleihen, dass vor Erlag des Vorschusses die an den Zeugen zu richtende Ladung nicht ausgefertigt werden dürfe. Bei Beweisanbietungen des Klägers würde das im Durchschnitt von gutem Erfolge sein, doch dem Beklagten würde eine solche Bestimmung in vielen Fällen höchst gelegen kommen, um durch bloße Nichtleistung des Vorschusses den Process ganz beträchtlich aufzuhalten und zu verzögern. Darum hält es der Entwurf für besser, statt einer absoluten, leicht mißbrauchbaren Vorschrift den Satz aufzustellen, dass das Gericht nach Lage der Sache — eventuell über Antrag des Gegners — bei nicht rechtzeitiger Erlegung des Vorschusses die Ausfertigung der Ladung unterlassen könne und dann die Verhandlung ohne Rücksicht auf die angeordnete Zeugenabhörung fortzusetzen sei (§ 332, Abs. 2). Es wird auf diese Art die muthwillige und die aus gerechtfertigten Gründen unterbleibende Vorschussleistung verschieden behandelt werden, wie dies der Sache entspricht (Regierungsmotive, S. 278). Gegen die Fortsetzung der Verhandlung steht kein Rechtsmittel zu (§ 349). Gegen die Bewilligung oder Verweigerung der nachträglichen Benützung des Beweises (§ 279) ist ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 291). Der zurückgewiesene Beweis ist im Urtheilsthatbestande anzuführen (§ 417).

Folgen des Ausbleibens.

§ 333. Gegen einen ordnungsmäßig geladenen Zeugen, welcher bei der zur Vernehmung bestimmten Tagsatzung ohne genügende Entschuldigung nicht erscheint, ist durch das erkennende Gericht oder durch den beauftragten oder ersuchten Richter die Verpflichtung zum Ersatze aller durch sein Ausbleiben verursachten Kosten durch Beschluss auszusprechen; außerdem ist der Zeuge unter gleichzeitiger Verhängung einer Ordnungsstrafe neuerlich zu laden. Im Falle wiederholten Ausbleibens ist die Ordnungsstrafe innerhalb des gesetzlichen Ausmaßes zu verdoppeln und die zwangsweise Vorführung des Zeugen anzuordnen.

Erfolgt nachträglich eine genügende Entschuldigung des Nichterscheinens, so sind die wider den Zeugen verhängten Ordnungsstrafen wieder aufzuheben; außerdem können dem Zeugen die zum Ersatze auferlegten Kosten ganz oder theilweise erlassen werden.

Wenn eine der im § 330 bezeichneten Personen der Ladung nicht Folge leistet, so hat sich der die Beweisaufnahme leitende Richter wegen Verfügung der Bestrafung und wegen Vorführung des Zeugen an dessen Vorgesetzte zu wenden.

Digitized by Google

Der ungehorsame Zeuge haftet überdies für allen den Parteien durch die ihm zur Last fallende Vereitlung oder Verzögerung der Beweisführung verursachten Schaden.

1. Die Folgen des Ausbleibens sind von der ordnungsmäßigen Ladung (§§ 329, 88 ff.) abhängig und treffen auch Ausländer, die sich im Inlande aufhalten, sofern sie nicht gemäß § 328 von dem persönlichen Erscheinen vor Gericht befreit sind. Der Zeuge ist bei der Tagsatzung nicht erschienen, wenn er zu der für dieselbe anberaumten Zeit nicht erscheint oder nach Aufruf der Sache sich wieder entfernt (§ 133) ohne die Aussage verweigert zu haben (§ 325). Ob das verspätete Erscheinen vor der Entscheidung über die Ausbleibensfolgen noch als rechtzeitig anzusehen ist, hat das Gericht zu ermessen.

2. Die Verurtheilung ist von einem Parteienantrage unabhängig und obligatorisch. Der Zeuge braucht nicht wie im Falle ungerechtfertigter Weigerung (§ 325) vor der Beschlussfassung gehört zu werden. Die Verurtheilung zum Kostenersatze ist nur im Principe auszusprechen und steht, gleichfalls in Abweichung von den Bestimmungen des § 326, auch dem ersuchten oder beauftragten Richter zu. Die Kostenfestsetzung ist von einem innerhalb der erstreckbaren Frist von 8 Tagen einzubringenden Antrage der Partei abhängig (§ 334). Die Ordnungsstrafe darf den Betrag pr. 50 fl. nicht übersteigen (§ 220), und zwar auch bei Advocaten, weil diese nicht in dieser ihrer Eigenschaft, sondern als Zeugen geladen werden. Gegen die Ladung und die Anordnung der Vorführung ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 349). Dem Recurse gegen die Verhängung einer Ordnungsstrafe kann der dieselbe verhängende Richter selbst stattgeben (§ 522). Personen, die einer gerichtlichen Ladung außerhalb des Processes nicht Folge leisten, können unter Androhung einer Ordnungsstrafe neuerlich geladen und durch Verhängung dieser Strafe zum Erscheinen genöthigt werden. Im Falle fortgesetzten Ausbleibens kann die Ordnungsstrafe innerhalb des gesetzlichen Ausmaßes verdoppelt und in dringenden Fällen die zwangsweise Vorführung durch den Gerichtsdiener angeordnet werden (§ 87, Ges. vom 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.).

3. Ist das Ausbleiben des Zeugen von ihm selbst, von den Parteien oder dritten Personen genügend entschuldigt, so hat dessen Verurtheilung zu Strafe und Kosten zu unterbleiben. Erfolgt die Rechtfertigung des Ausbleibens nachträglich, so kann das Gericht die Entschuldigung genügend finden, um die Strafverfügung aufzuheben, aber doch nicht genügend, um ihm

Digitized by Google

den Ersatz der durch sein Ausbleiben verursachten Kosten zu erlassen. Die Kostenersatzpflicht kann z. B. durch die Unterlassung rechtzeitiger Anzeige der Verhinderung gerechtfertigt sein.

Die Erörterung der Frage, ob das Ausbleiben eines Zeugen als entschuldigt anzusehen sei, kann am zweckmäßigsten bei der neuerlich zur Einvernehmung des Zeugen bestimmten Tagsatzung erfolgen. Es scheint weder nöthig noch wünschenswert, die Erledigung dieser Frage schlechthin zu einen besonderen Incidenzfall zu machen. Erfolgt aber die Rechtfertigung des Ausbleibens unter Umständen, die es unmöglich erscheinen lassen, die Verhandlung darüber in eine anderen Zwecken dienende Verhandlung einzubeziehen, und erachtet der Richter concretenfalls eine solche mündliche Verhandlung über jene Entschuldigung für nothwendig, so werden sich die vom Zeugen zu ersetzenden Kosten selbstverständlich auch um den Betrag der Kosten dieser besonderen Verhandlung erhöhen (Regierungsmotive, S. 279).

4. Betreffs der in activer Dienstleistung stehenden Militärpersonen (§ 330) hat das Gericht nur die Verpflichtung zum Kostenersatze auszusprechen, wegen Bestrafung und Vorführung aber ein Ersuchschreiben an deren Vorgesetzten zu richten, denen sohin auch der Strafvollzug und der Strafnachlass überlassen bleibt.

Schadensersatzansprüche sind in besonderen Processen auszutragen.

§ 334. Die Feststellung der vom Zeugen in den Fällen der §§ 326 und 333 zu ersetzenden Kosten muss unter Vorlage des Kostenverzeichnisses bei sonstigem Ausschlusse binnen acht Tagen nach Rechtskraft des Beschlusses angesucht werden, durch welchen der Zeuge zum Kostenersatze verpflichtet wurde. Dem beauftragten oder ersuchten Richter obliegt die Feststellung des Kostenbetrages nur dann, wenn er nach den Bestimmungen dieses Gesetzes die Verpflichtung zum Kostenersatze auszusprechen berufen war.

Vergl. §§ 326, Anm. 2, 333, Anm. 2.

§ 335. Wenn die Vernehmung eines Zeugen vergeblich versucht wurde und zu besorgen ist, dass Wiederholungen des Versuches zu neuer Verzögerung des Processes führen würden, so hat das erkennende Gericht auf Antrag für diese Beweisaufnahme eine Frist zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablaufe die Verhandlung auf Antrag einer der Parteien ohne Rücksicht auf den mittels dieses Zeugen angebotenen Beweis fortzusetzen ist. Die Bestimmung der Frist steht auch dann dem

Digitized by Google

erkennenden Gerichte zu, wenn die Vernehmung des Zeugen durch einen beauftragten oder ersuchten Richter stattfinden soll. Vor der Entscheidung über den Antrag ist der Gegner des Antragstellers zu hören

In Betreff der neuerlichen Vernehmung des Zeugen hat die Vorschrift des § 279, Abs. 2 zu gelten.

Es kann nicht zugelassen werden, dass die mit der Auffindung eines Zeugen verbundenen Schwierigkeiten, dann die durch das Ausbleiben des Zeugen oder durch die Verweigerung der Aussage entstehenden Hindernisse zu einer Processverschleppung missbraucht werden. Es ist vielmehr dem Gerichte die Befugnis einzuräumen, die betreibende Partei über Antrag in die Lage zu setzen, den Rechtsstreit ohne Rücksicht auf die schwebende Beweisaufnahme fortsetzen zu können.

Als passendes Mittel hiezu erscheint die Festsetzung einer Frist im Sinne des § 279. Es finden hiebei auch die Interessen des Beweisführers insoferne Beachtung, als ihm damit noch die Möglichkeit gegeben ist, wo die Hindernisse der Zeugenvernehmung von ihm aus dem Wege geräumt werden können, dies zu thun und sich dadurch den Beweis zu erhalten (Regierungsmotive, S. 278).

Eine mündliche Verhandlung ist nicht erforderlich, nur die mündliche oder schriftliche Einvernahme des Gegners ist vorgeschrieben. Gegen die Bestimmung einer Frist (§ 291) und gegen die Fortsetzung der Verhandlung nach fruchtlosem Ablauf der Frist (§ 349) steht kein Rechtsmittel zu. Gegen den Beschluss, durch welchen die nachträgliche Zulassung des Beweismittels bewilligt oder abgelehnt wird (§ 279), ist ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 291). Der zurückgewiesene Beweis ist im Urtheilsthatbestande aufzunehmen (§ 417).

Vernehmung.

§ 336. Zeugen, welche wegen falschen Zeugnisses oder falschen Eides verurtheilt worden sind, oder welche zur Zeit ihrer Abhörung das vierzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, endlich Personen, welche wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandesschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben, dürfen nicht beeidet werden.

Desgleichen kann das Gericht die Beeidigung eines Zeugen unterlassen, wenn beide Parteien auf die Beeidigung verzichten.

Die unrechtmäßige Verweigerung des Eides zieht dieselben Folgen wie die ungerechtfertigte Verweigerung der Aussage nach sich.

Digitized by Google

1. Die Beeidigung der im Abs. 1 genannten Zeugen ist ausgeschlossen, während es dem Ermessen des Gerichtes überlassen bleibt, wenn die Parteien auf die Beeidigung verzichten (Abs. 2), die Beeidigung dennoch vorzunehmen, und die Beeidigung auch ohne Verzicht der Parteien zu unterlassen, wenn im Falle des § 337 die Aussage unerheblich oder unglaubwürdig ist (§ 338).

2. Die Verurtheilung wegen falschen Zeugnisses oder falschen Eides muss rechtskräftig sein.

Ob die Strafe bereits abgebüßt oder ob sie erlassen ist, macht keinen Unterschied. Verurtheilungen durch ausländische Gerichte werden dieselbe Wirkung haben, wie solche inländischer Gerichte. Ueber die Verstandesreife oder Verstandesschwäche entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen.

3. Erfolgt die Einvernahme durch einen ersuchten oder beauftragten Richter, so kann das erkennende Gericht nachträglich die Beeidigung verfügen (§ 338), wenn es betreffs der Verstandesreife oder Verstandesschwäche anderer Ansicht ist.

Die Personen, welche nicht beeidet werden dürfen, sind unbeeidet zu vernehmen, falls nicht ihre Einvernahme nach § 320, Z. 1 unzulässig erscheint. Die Beweiskraft einer unbeeideten Aussage hat das Gericht nach freier Ueberzeugung zu würdigen und es steht nichts entgegen, auch einer unbeeideten Aussage gegebenen Falles vollen Glauben zu schenken.

Bei ungerechtfertigter Eidesverweigerung ist nach §§ 325, 326 vorzugehen.

§ 337. Der Zeuge ist vor seiner Abhörung zu beeiden. Zur Aufklärung über die persönlichen Verhältnisse des Zeugen, über die Zulässigkeit seiner Abhörung oder Beeidigung und über den Umstand, ob er eine für die Ermittlung des Sachverhaltes dienliche Aussage abzulegen vermöge, kann jedoch vor der Beeidigung des Zeugen eine Befragung desselben vorgenommen werden.

Auf Grund dieser Befragung kann das Gericht nach Anhörung der Parteien beschließen, dass die Abhörung des Zeugen zu unterbleiben habe, oder es kann sich vorbehalten, über die Beeidigung des Zeugen erst nach erfolgter Abhörung desselben Beschluss zu fassen. Der beauftragte oder ersuchte Richter muss in jedem Falle die Abhörung des Zeugen vornehmen; er kann jedoch die Entscheidung über die Beeidigung des Zeugen bis nach erfolgter Abhörung aufschieben oder dieselbe dem erkennenden Gerichte vorbehalten.

Wenn sich ein Zeuge der Beantwortung von Fragen nicht entschlägt, hinsichtlich deren er die Aussage gemäß § 321, Z. 1

Digitized by Google

und 2 zu verweigern berechtigt wäre, kann sich das erkennende Gericht oder der die Vernehmung leitende beauftragte oder ersuchte Richter gleichfalls vorbehalten, über die Ablegung des Eides erst nach erfolgter Abhörung des Zeugen zu entscheiden.

1. Sofern der Zeuge überhaupt beeidet werden darf (§ 336) und seine Beeidigung nicht aufgeschoben (Abs. 2, 3), über Verzicht der Parteien (§ 336) unterlassen oder bei einer Wiederholung der Vernehmung (§ 344) nachgesehen worden ist, hat die Beeidigung vor der Einvernahme zu erfolgen. Noch vor der Beeidigung ist aber jeder Zeuge gemäß § 321 über das Recht der Verweigerung der Aussage zu belehren (§ 339). Die Mitglieder des kaiserlichen Hauses werden nicht beeidet; vermöge § 31 des Familienstatutes des Allerh. Kaiserhauses vom 3. Februar 1839 hat bei den Mitgliedern der kaiserlichen Familie eine an Eidesstatt abgegebene schriftliche Versicherung für die wirkliche Ablegung des Eides zu gelten und alle rechtlichen Folgen derselben (J. M. E. v. 14. Mai 1854, Z. 8346).

Die Formel der vor Gericht abzulegenden Zeugeneide hat ohne Rücksicht auf das Religionsbekenntnis des Schwörenden zu lauten:

„Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden einen reinen Eid, dass ich über alles, worüber ich von dem Gerichte befragt worden bin (werde befragt werden), die reine und volle Wahrheit und nichts als die Wahrheit ausgesagt habe (aussagen werde); so wahr mir Gott helfe!"

2. Vor der Eidesablegung hat der Richter den Schwurpflichtigen in einer dessen Bildungsgrade und Fassungskraft angemessenen Weise an die Heiligkeit des Eides vom religiösen Standpunkte, an die Wichtigkeit des Eides für die Rechtsordnung, an die zeitlichen und ewigen Strafen des Meineides zu erinnern und demselben zu bedeuten, dass der Eid im Sinne des Gerichtes, daher ohne allen Vorbehalt und ohne Zweideutigkeit abzulegen sei (Ges. v. 3. Mai 1868, Nr. 33 R.-G.-Bl.). In den Fällen, wo ein Geistlicher vor einer Gerichtsbehörde einen Eid abzulegen hat, ist die Meineidserinnerung auf eine kurze Andeutung der strafgesetzlichen Folgen eines Meineides mit der Bemerkung zu beschränken, dass die religiöse Bedeutung und Heiligkeit des Eides dem Geistlichen ohnehin vermöge seines Standes wohl bekannt sei (J. M. E. v. 18. Juli 1857, Z. 14748).

3. Personen, welche sich zur christlichen Religion bekennen, haben bei dem Schwure den Daumen und die zwei ersten Finger der rechten Hand emporzuheben und den Eid vor einem Crucifix und zwei brennenden Kerzen abzulegen (Ges. v. 3. Mai 1868,

Digitized by Google

Nr. 33 R.-G.-Bl.). Die Aufstellung des Crucifixes und zweier brennender Kerzen findet bei Eiden eines Angehörigen der helvetischen Confession keine Anwendung (H. D. v. 21. December 1832, Nr. 2582 J. G. S.).

4. Israeliten haben bei der Eidesleistung das Haupt zu bedecken und die rechte Hand auf die Thora, zweites Buch Moses, 20. Capitel, 7. Vers zu legen (Ges. v. 3. Mai 1868, Nr. 33 R.-G.-Bl.). Mohamedaner haben die Eidesformel nachzusprechen worauf die Frage: Schwörst du bei Gott? an sie gestellt wird. Der Schwörende antwortet: Jemin ederim! (Ich schwöre) und setzt eine der folgenden Formeln oder auch alle 3 zugleich hinzu: Bilahi Taala (bei Gott dem Allerhöchsten) oder Wallahi (bei Gott) oder Bismillahi (im Namen Gottes). Zur Verstärkung des Eides kann der Schwörende noch eine oder die andere Eigenschaft Gottes, wie z. B. des Barmherzigen, des Erbarmers beifügen und sagen: Bismillahi Errahman Erahim (im Namen Gottes, des Barmherzigen, des Erbarmers). Der Schwörende kann angewiesen werden, während der Ablegung des Eides die rechte Hand auf den Koran zu legen. Dieser Gebrauch ist aber zur Giltigkeit des Eides nicht wesentlich nothwendig. Für keinen Fall darf dem Schwörenden gestattet werden, bei der Ablegung des Eides den Zeigefinger der einen Hand in die Höhe zu halten (H. D. v. 26. August 1826, Nr. 2217 J. G. S.).

5. Die Eidesformel ist von dem Stummen niederschreiben zu lassen oder von einer dritten Person, wenn ihm selbst diese Abschrift zu machen schwer sein sollte, dem Stummen sohin in Gegenwart zweier Zeugen, welchen seine Gebärden bekannt sind, vor einem Crucifix und zwei brennenden Kerzen vorzulesen; er bei jedem einzelnen Satze derselben zur Abgabe eines Zeichens seiner Bestätigung aufzufordern, und von ihm dann die ganze Eidesformel unterschreiben zu lassen, und zwar mit dem Beisatze, dass er den Aufsatz der Eidesformel als wahr beschwöre, so wahr ihm Gott helfe (H. D. v. 28. September 1842, Nr. 644 J. G. S.). Ist der taubstumme Zeuge des Lesens und Schreibens kundig, so ist ihm die Eidesformel zum Durchlesen zu geben und nach vorausgegangener schriftlicher Meineidserinnerung von ihm zu unterschreiben. Kann man sich mit ihm mittels eines beeideten Dolmetschers durch Zeichen verständigen, so ist ihm die Eidesformel und die Meineidserinnerung mittels der Zeichensprache mitzutheilen und ebenso von ihm der Eid abzulegen.

Kann man ihm aber wegen seiner Unkenntnis des Lesens und Schreibens sowohl, als einer Zeichensprache die Eidesformel nicht beibringen und verständlich machen, so kann von einer

Digitized by Google

Beeidigung desselben keine Rede sein (J. M. E. v. 23. September 1850, Z. 12926).

6. Solchen Religionsparteien, welche vermöge ihrer Religionslehren die Eidesablegung für unerlaubt, hingegen ihre feierliche Versicherung so heilig als andere Religionsgenossen den Eid erkennen, ist die mit ihren Religionsgrundsätzen nicht vereinbarliche Eidesablegung nicht aufzudringen, sondern statt derselben sich mit ihrer vor Gericht zu erstattenden und mit einem Handschlage zu bestätigenden Versicherung zu begnügen (H. D. v. 10. Jänner 1816, Nr. 1201 J. G. S.). Confessionslose schwören ohne Crucifix und Kerzen (E. d. O. G. H., Jud. B. Nr. 73).

7. Die vorläufige Befragung des abzuhörenden Zeugen erfolgt noch nicht unter strafrechtlicher Sanction. Die persönlichen Verhältnisse, welche bei dem Zeugenbeweise zu berücksichtigen sind, werden im § 321 aufgezählt, die Zulässigkeit der Abhörung ist nach § 320 und darnach zu beurtheilen, ob die zu vernehmende Person von den Processparteien verschieden ist.

Die Beeidigung hat in den bei § 336 angeführten Fällen zu unterbleiben.

Um unnöthige Eide thunlichst zu vermeiden, wurde gestattet, die Beeidigung eines Zeugen, von welchem nach dem Ergebnisse einer vorläufigen Befragung eine erhebliche oder eine glaubwürdige Aussage nicht zu erwarten ist, zunächst aufzuschieben und sodann eventuell ganz zu unterlassen. Solcher Aufschub oder das Unterlassen der Beeidigung dürfte sich besonders empfehlen, wenn ein Zeuge trotz eines ihm zustehenden gesetzlichen Weigerungsgrundes sich der Aussage nicht entschlägt. Denn dies mahnt bei Beurtheilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen zur Vorsicht. Häufig wird der Zeuge in solchen Fällen als befangen erscheinen. Wenn der Zeuge vor dem erkennenden Gerichte vernommen wird und dieses aus der vorläufigen Befragung die Ueberzeugung gewinnt, dass der Zeuge nichts Erhebliches auszusagen hat, so kann nach den allgemeinen Grundsätzen über die Aenderung processleitender Verfügungen vom Beweisbeschlusse selbst abgegangen werden und die Vernehmung des Zeugen unterbleiben (Regierungsmotive, S. 279).

8. Gegen diesen Beschluss ist ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 349). Gegen die über die nachträgliche Beeidigung eines Zeugen oder über das Unterbleiben der Beeidigung gefassten Beschlüsse ist ein Rechtsmittel über-

Digitized by Google

haupt ausgeschlossen (§ 349), unbeschadet des Rechtes des erkennenden Gerichtes, die Beeidigung durch den ersuchten oder beauftragten Richter nachträglich zu verfügen (§ 338).

§ 338. In allen Fällen, in welchen erst nach Abhörung der Zeugen über die Beeidigung entschieden werden soll, ist der Zeuge vor der Abhörung an die Pflicht zur Angabe der Wahrheit, an die Heiligkeit und Bedeutung des vorbehaltenen Eides, sowie an die strafrechtlichen Folgen einer falschen Aussage zu erinnern.

Nach Ablegung der Aussage kann mit Rücksicht auf die Unerheblichkeit derselben oder auf das ihr zukommende geringe Maß von Glaubwürdigkeit vom erkennenden Gerichte oder von dem die Vernehmung leitenden beauftragten oder ersuchten Richter ausgesprochen werden, dass die Beeidigung unterbleibe.

Wenn die Vernehmung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter geschah, kann das erkennende Gericht nach Einlangen einer unbeeideten Zeugenaussage die nachträgliche Beeidigung derselben verfügen.

Die nach Anm. 2 zu § 337 vorgeschriebene Eides- und Meineidserinnerung ist auch bei jenen Zeugen, welche erst nachträglich (§ 337) beeidet werden sollen, vor ihrer Einvernahme vorgeschrieben. Der beauftragte oder ersuchte Richter kann die Entscheidung über die Beeidigung eines Zeugen auch dem erkennenden Gerichte überlassen. Gegen die nach § 338 zulässigen Beschlüsse steht ein Rechtsmittel nicht zu (§ 349).

§ 339. Den Zeugen ist vor ihrer Vernehmung bekannt zu geben, über welche Fragen die Aussage von einem Zeugen verweigert werden darf (§ 321).

Die Zeugen sind einzeln in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen. Die Reihenfolge, in welcher die Abhörung stattzufinden hat, bestimmt bei Vernehmungen vor dem erkennenden Gerichte der Vorsitzende, sonst der beauftragte oder ersuchte Richter.

Vor Beendigung der Vernehmung aller vorgeladenen Zeugen darf sich keiner derselben ohne richterliche Erlaubnis entfernen.

Zeugen, deren Aussagen von einander abweichen, können einander gegenübergestellt werden.

1. Die Belehrung des Zeugen über das ihm nach § 321 zustehende Recht der Verweigerung der Aussage oder der Beantwortung einzelner Fragen hat vor der Beeidigung desselben zu erfolgen. (Die gegentheilige Ansicht Schusters, S. 352,

Digitized by Google

dürfte mit der Vorschrift des § 337, Abs. 3 über die Beeidigung von Zeugen, welche sich der Weigerung entschlagen, nicht in Uebereinstimmung zu bringen sein).

2. Es wird auch zweckmäßig sein, die Zeugen vor Beginn der Einvernahme auf die Vorschriften des zweiten und dritten Absatzes aufmerksam zu machen, damit sich nicht die später abzuhörenden Zeugen aus Unkenntnis dieser Vorschriften als Zuhörer an der Verhandlung betheiligen oder sich entfernen. Erachtet der Vorsitzende oder der Vernehmungsrichter es im gegebenen Falle für nothwendig, so kann er auch die Entfernung der bereits vernommenen Zeugen während der Einvernahme eines später zu vernehmenden Zeugen verfügen.

Haben Personen, deren Einvernahme noch nicht beschlossen war, der Abhörung von Zeugen beigewohnt, so steht dieser Umstand ihrer späteren Einvernahme als Zeugen nicht entgegen.

Gegen die nach § 339 gefassten Beschlüsse und getroffenen Verfügungen steht ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zu (§ 349).

§ 340. Die Vernehmung beginnt damit, dass der Zeuge über Namen, Alter, Religion, Beschäftigung und Wohnort befragt wird. Erforderlichenfalls sind ihm auch Fragen über solche Umstände, welche seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen, insbesondere über seine Beziehungen zu den Parteien vorzulegen.

Bei der Abhörung hat der Vorsitzende oder der die Vernehmung leitende beauftragte oder ersuchte Richter an den Zeugen über diejenigen Thatsachen, deren Beweis durch seine Aussage hergestellt werden soll, sowie zur Erforschung des Grundes, auf welchem das Wissen des Zeugen beruht, die geeigneten Fragen zu stellen. Außer dem Vorsitzenden können, wenn die Vernehmung vor dem erkennenden Gerichte stattfindet, auch die übrigen Mitglieder des Senates an den Zeugen Fragen richten.

1. Mit der Zeugeneinvernahme ist vorzugehen, wenn auch keine der verständigten Parteien erschienen ist (§ 289). Dieselbe hat durch den Vorsitzenden (§ 180), vor Bezirksgerichten durch den Einzelrichter (§ 195), oder durch den beauftragten oder ersuchten Richter (§ 284) zu erfolgen. Die allgemeinen Fragen müssen gestellt werden; die im zweiten Satze bezeichneten Fragen sollen nicht regelmäßig, sondern nur dann vorgelegt werden, wenn es die Sachlage, soweit sie schon bekannt ist, erfordert; nach den Umständen kann eine solche Fragestellung auch erst im Laufe der Einvernahme erfolgen. Sind

Digitized by Google

diese Fragen bereits vor der Beeidigung oder Meineidserinnerung gestellt worden (§ 337), so sind sie nachher zu wiederholen.

2. Bei der eigentlichen Einvernahme wird es sich empfehlen dem Zeugen Gelegenheit zu geben, sich über den Gegenstand seiner Einvernahme frei und zusammenhängend aussprechen zu können. Durch vorzeitige Fragestellungen, Unterbrechungen und Vorhaltungen wird der Zeuge verwirrt, die Ermittlung des Sachverhaltes erschwert und gefährdet. Der die Einvernahme leitende Richter hat daher solche unzeitgemäße Fragen zu vermeiden und seitens der Richter und Parteien zu verhindern. Die zur Ergänzung der Aussage, zur Hebung von Dunkelheiten und Widersprüchen, zur Sicherstellung der ratio scientiæ erforderlichen Fragen (§ 167 St. P. O.) sind nachträglich zu stellen. Ueber die Zulässigkeit solcher Fragen entscheidet im Bestreitungsfalle der Senat (§§ 186, 342), gegen welche Entscheidung ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen ist (§ 349). Die Bezugnahme des Zeugen auf eine zu den Acten überreichte schriftliche Erklärung ist unzulässig.

§ 341. Ueber die Betheiligung der Parteien an der Zeugenvernehmung gelten die Bestimmungen des § 289.

In Ansehung derjenigen Personen, welche infolge bestehender Anordnungen nicht verpflichtet sind, zur Abgabe einer Zeugenaussage in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten im Gerichtshause zu erscheinen, ist das Fragerecht der Parteien durch rechtzeitige Mittheilung schriftlicher Fragen an den mit der Vernehmung beauftragten Richter auszuüben.

Ueber die Betheiligung der Parteien bei der Zeugeneinvernahme sind die Bemerkungen bei § 289 zu vergleichen.

Eine besondere Bestimmung war nur für diejenigen Fälle nöthig, in welchen ein Zeuge berechtigt ist, das Erscheinen vor Gericht abzulehnen, nur in seiner Wohnung vernommen werden darf.

Es ist dann nur den Gerichtspersonen, nicht auch den Parteien der Zutritt in die Wohnung des Zeugen gestattet. Die Parteien können demnach bloß durch Mittheilung schriftlicher Fragen auf die Vernehmung des Zeugen Einfluss üben (Regierungsmotive, S. 279). Mitglieder des kaiserlichen Hauses werden als Zeugen in ihrer Wohnung vernommen (§ 328).

Die bestehenden Anordnungen, wonach die bei § 132 aufgezählten Consularfunctionäre in ihrer Wohnung zu vernehmen sind, bleiben laut Art. VIII, E.-G. unberührt. Die Mittheilung schriftlicher Fragen hat mittels Schriftsatzes zu er-

Digitized by Google

folgen, der auch der Gegenpartei zuzustellen ist, damit dieselbe ihr Bestreitungsrecht gleichfalls mittels Schriftsatzes geltend machen kann.

§ 342. Wird die Zulässigkeit einer Frage bestritten oder erachtet der Vorsitzende eine Frage als unangemessen zurückzuweisen, so entscheidet hierüber auf Antrag der Senat. Diese Entscheidung steht auch einem beauftragten oder ersuchten Richter zu; sie gilt jedoch in diesem Falle als eine bloß vorläufige und kann durch das erkennende Gericht abgeändert werden.

Findet das erkennende Gericht, dass eine bei der Vernehmung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter gestellte Frage unzulässig war, so kann dasselbe aussprechen, dass die auf diese Frage ertheilte Antwort im weiteren Laufe des Verfahrens unberücksichtigt bleibe.

Ueber die Zurückweisung von Fragen ist Anm. 2 bei § 289 zu vergleichen.

Wenn die Zulässigkeit einer Frage während der Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter bestritten wird, so kann man die Vernehmung nicht unterbrechen, um die Entscheidung des erkennenden Gerichtes einzuholen. Dieses Gericht kann hinwieder nicht durch eine Entscheidung gebunden erklärt werden, welche von dem mit der Leitung der Vernehmung betrauten Richter getroffen wurde. Diese Entscheidung muss vielmehr der Abänderung durch das Processgericht, und zwar sowohl im Falle der Zulassung, als im Falle der Zurückweisung einer Frage unterworfen sein. Wird die Zulassung einer Frage als nicht gerechtfertigt erkannt, so ergibt sich von selbst, dass die auf die Frage ertheilte Antwort nicht berücksichtigt werden darf (Regierungsmotive, S. 279).

§ 343. Die Aussage des Zeugen ist nach ihrem wesentlichen Inhalte, sofern es aber nothwendig erscheint, ihrem Wortlaute nach in dem über die Tagsatzung geführten Protokolle aufzuzeichnen. Wurde der Zeuge in einer Verhandlungstagsatzung abgehört, so hat diese Aufzeichnung im Verhandlungsprotokolle zu geschehen.

Das Aufgezeichnete ist dem Zeugen und den bei der Vernehmung anwesenden Parteien zur Einsicht vorzulegen oder auf Verlangen vorzulesen.

In dem Protokolle ist zu bemerken, ob der Zeuge vor oder nach seiner Abhörung beeidet wurde, ob dessen Beeidigung unterblieben ist oder der Entscheidung des erkennenden Gerichtes vorbehalten wurde, ob die Parteien und welche derselben bei der

Digitized by Google

Abhörung zugegen waren, endlich ob und welche Einwendungen von den Parteien oder vom Zeugen gegen das Protokoll erhoben wurden.

Für das Protokoll über die Zeugeneinvernahme gelten die allgemeinen Vorschriften. Erfolgte die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gerichte in der mündlichen Verhandlung, so bildet die Aufzeichnung über dieselbe einen Bestandtheil des Protokolles. Andernfalls ist ein besonderes Protokoll (§ 216) aufzunehmen, welches die im § 207 vorgeschriebenen Aufzeichnungen und Angaben, die nach § 208 und Absatz 3 des § 343 nothwendigen Feststellungen und Einwendungen, letztere soweit zulässig auch durch Anschluss kurzer Niederschriften der Parteienvertreter, die Antworten des Zeugen auf die nach § 340 zu stellenden Fragen, die erfolgte Eides- und Meineidserinnerung und den wesentlichen Inhalt der Zeugenaussagen zu enthalten hat. Bei Angabe des Inhaltes des thatsächlichen Vorbringens ist gemäß § 210 nach Thunlichkeit auf die vorbereitenden Schriftsätze, auf die Acten eines vorbereitenden Verfahrens, sowie auf den Beweisbeschluss Bezug zu nehmen.

Der Wortlaut der Zeugenaussage ist nur ausnahmsweise aufzunehmen, und zwar über Antrag oder von amtswegen (§ 209), wenn es nothwendig erscheint. Bestätigt der Zeuge den Beweissatz vollständig, so wird eine diesbezügliche Feststellung unter Beifügung der ratio scientiä genügen.

Das Protokoll muss von dem Zeugen nicht gefertigt werden, wohl aber von den Parteien (§ 212), dem Vorsitzenden, Einzelrichter und Schriftführer.

§ 344. Das erkennende Gericht kann auf Antrag oder von amtswegen die wiederholte Vernehmung von Zeugen insbesondere anordnen, wenn es die vom beauftragten oder ersuchten Richter für gerechtfertigt erkannte Weigerung der Aussage oder der Beantwortung einzelner Fragen für unzulässig erachtet, wenn Zeugen nicht ordnungsgemäß oder nicht vollständig vernommen wurden, wenn die Aussage in Bezug auf wesentliche Punkte an Unklarheit, Unbestimmtheit oder Zweideutigkeit leidet, oder wenn die Zeugen selbst eine Ergänzung oder Berichtigung ihrer Aussagen für nothwendig erachten.

Bei wiederholter oder nachträglicher Vernehmung kann angeordnet werden, dass statt der nochmaligen Beeidigung der Zeuge die Richtigkeit seiner Aussage unter Berufung auf den früher abgelegten Eid zu versichern habe.

Die Wiederholung oder Ergänzung einer Zeugeneinvernahme kann der ersuchte oder beauftragte Richter vor Beendi-

Digitized by Google

gung der Beweisaufnahme — der Aufnahme aller Beweise — selbst verfügen, wenn die zur Beweisaufnahme nicht erschienene Partei glaubhaft macht, dass ihr durch ein unvorhergesehenes Ereignis verursachtes Nichterscheinen eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme zur Folge hatte und wenn die Ergänzung ohne erhebliche Verzögerung des Rechtsstreites stattfinden kann (§ 289). Nach Beendigung der Beweisaufnahme steht eine solche Ergänzung dem Senate oder dem erkennenden Einzelrichter allein zu.

Der Vorsitzende, oder auf dessen Antrag der Senat, kann die Ergänzung einer vorbereitenden Beweisaufnahme durch den beauftragten Richter verfügen (§ 256). Der Vorsitzende hat über die Wiederholung oder Ergänzung einer vor dem ersuchten oder beauftragten Richter im Beweisverfahren stattgefundenen Beweisaufnahme durch diesen zu entscheiden (§ 286).

Das erkennende Gericht ist in allen diesen Fällen, außerdem aber auch im Falle einer vorbereitenden Beweisaufnahme (§ 264) und bezüglich einer zur Sicherung des Beweises (§ 389), endlich anlässlich einer vor dem erkennenden Gerichte stattgefundenen Beweisaufnahme berechtigt, die wiederholte Vernehmung eines Zeugen selbst vorzunehmen oder neuerlich durch den ersuchten oder beauftragten Richter vornehmen zu lassen. Gegen den betreffenden Beschluss ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 291).

§ 345. Die Partei kann auf einen Zeugen, welchen sie vorgeschlagen hat, verzichten. Der Gegner kann jedoch verlangen, dass der Zeuge, falls er bereits zur Vernehmung erschienen ist, ungeachtet dieses Verzichtes vernommen oder dessen Vernehmung, wenn sie bereits begonnen hat, fortgesetzt werde.

Der Verzicht kann vor dem Processgerichte, vor dem zur Beweisaufnahme ersuchten oder beauftragten Richter, in der Verhandlung oder mittels Schriftsatzes erfolgen.

Ein Verzicht nach erfolgter Vernehmung ist unzulässig. Die Aussage des Zeugen ist zu protokollieren (§ 343), auch wenn die Parteien oder der Zeugenführer darauf verzichten, und der Inhalt dieses Protokolles ist von amtswegen zu beachten (§ 217).

Der Gegner des Beweisführers ist berechtigt, seinerseits den Beweis durch den Zeugen anzubieten, auf den der Beweisführer verzichtet hat. Die für die Geltendmachung von Beweismitteln in den §§ 179, 275, 278 vorgeschriebenen Beschränkungen setzen eine Verschleppungsabsicht voraus, welche nicht anzunehmen ist, wenn der Gegner erwarten konnte, dass die

Digitized by Google

Vernehmung über Antrag des zurückgetretenen Beweisführers erfolgen würde. Selbst ein Kostenersatz im Sinne des § 44 wird den Gegner des Beweisführers nicht treffen, es wird vielmehr zu erwägen sein, ob nicht der Beweisführer selbst für sein Verschulden gemäß § 48 haftbar ist.

Zweckmäßigkeitsgründe befürworten es, dem Gegner einer verzichtenden Partei zu gestatten, trotz des Verzichtes die Vernehmung eines bereits bei Gericht erschienenen Zeugen zu begehren; es wird dadurch ein neuer gerichtlicher Beweisbeschluss erspart (Regierungsmotive, S. 279).

Erklären sich jedoch beide Parteien gegen die Vernehmung des Zeugen, so kann dieselbe auch nicht von amtswegen erfolgen (§ 183).

Zeugengebüren.

§ 346. Jeder Zeuge hat Anspruch auf Ersatz der nothwendigen Kosten, welche durch die Reise an den Ort der Vernehmung, durch den Aufenthalt daselbst, sowie durch die Rückreise verursacht werden.

Eine Entschädigung für Zeitversäumnis kann von einem Zeugen nur dann begehrt werden, wenn ihm durch dieses Versäumnis ein empfindlicher Abbruch an seinem täglichen Erwerbe verursacht wird.

Den Anspruch auf eine Vergütung hat der Zeuge binnen vierundzwanzig Stunden nach seiner Vernehmung bei Verlust dieses Anspruches geltend zu machen.

Auf Ansuchen des Zeugen kann der Vorsitzende oder der beauftragte oder der ersuchte Richter anordnen, dass dem Zeugen ein zur Bestreitung der Reise zum Gerichte ausreichender Vorschuss geleistet werde.

In der Vorladung des Zeugen ist ihm bekannt zu geben, dass er den Anspruch auf Vergütung binnen 24 Stunden bei sonstigem Verluste geltend zu machen hat. Hat die Partei einen Vorschuss erlegt, so sind die Zeugengebüren aus diesem zu bestreiten (§ 332), für arme Parteien sind dieselben aus der Verlagscasse zu entrichten (§ 64). Dieselben können nur von dem kostenpflichtigen Gegner (§ 70, Anm. 1) oder im Falle der Entziehung des Armenrechtes (§ 71) von der Partei selbst eingetrieben werden.

Der dem Zeugen zu leistende Reisekostenvorschuss kann aus dem von der Partei erlegten Vorschuss bestritten, es kann aber auch die Partei angewiesen werden, diesen Vorschuss unmittelbar an den Zeugen gelangen zu lassen. Der diesbezüg-

Digitized by Google

liche Beschluss kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 349).

§ 347. Den Zeugen wird die Vergütung auf Grund von Gebürentarifen geleistet. Die Bestimmung der Vergütung, sowie die wegen Auszahlung derselben erforderlichen Verfügungen obliegen den mit diesem Geschäfte betrauten Beamten des Processgerichtes oder des ersuchten Gerichtes. Den Parteien steht es frei, von der Bestimmung der Vergütung Einsicht zu nehmen; sowohl die Parteien als der Zeuge können binnen drei Tagen nach der erfolgten Bestimmung die Entscheidung des Gerichtes begehren. Dieser Antrag kann mündlich angebracht werden.

Das Gericht entscheidet über denselben ohne vorhergehende mündliche Verhandlung; es kann jedoch vor der Entscheidung den Zeugen, die Parteien oder eine derselben einvernehmen. Die Entscheidung kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden.

Bei der Entscheidung über eine Beschwerde gegen den Zuspruch der Zeugengebüren wird das Gericht auch andere Erhebungen als die im zweiten Absatze vorgesehenen einleiten können, um insbesondere über die Zureisekosten sichere Daten zu erlangen.

Form des Anbringens.

§ 348. Anzeigen, Gesuche und Recurse eines Zeugen können außerhalb der Tagsatzung mittels Schriftsatzes angebracht oder mündlich zu gerichtlichem Protokoll erklärt werden.

Der Zeuge ist vom Anwaltszwange entbunden. Sowohl betreffs der Zeugengebüren, als im Falle der Verweigerung des Zeugnisses oder wenn er sein Ausbleiben entschuldigen will, kann er mittels Schriftsatzes, der der Unterschrift eines Advocaten nicht bedarf, oder zu Protokoll sein diesbezügliches Begehren stellen.

Rechtsmittel.

§ 349. Gegen die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Weigerung einer Aussage, der Ableistung des Eides oder der Beantwortung einzelner Fragen, gegen den Beschluss, dass die Abhörung eines Zeugen zufolge § 337 zu unterbleiben hat, sowie gegen die im Sinne der §§ 339 bis 342 bei der Vernehmung gefassten Beschlüsse und getroffenen Verfügungen findet ein abgesondertes Rechtsmittel nicht statt.

Die Entscheidung des erkennenden Gerichtes über den Fortgang des Verfahrens bei Weigerung der Aussage oder der

Digitized by Google

Eidesleistung seitens eines Zeugen, sowie über die Fortsetzung der Verhandlung in den Fällen der §§ 332 und 335, die Beschlüsse, durch welche die Ladung eines Zeugen oder dessen Vorführung angeordnet oder behufs Erlegung eines Vorschusses für die dem Zeugen zu gewährende Vergütung (§ 332) eine Frist bestimmt wird, die Beschlüsse, durch welche die Leistung eines Vorschusses an den Zeugen aufgetragen wird (§ 346), sowie die über die Beeidigung eines Zeugen gefassten Beschlüsse können durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden.

Sachverständige Zeugen.

§ 350. Die Vorschriften über den Zeugenbeweis finden auch Anwendung, insoweit zum Beweise vergangener Thatsachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war, solche sachkundige Personen zu vernehmen sind.

Sachverständige Zeugen haben gleich den gewöhnlichen Zeugen über Thatsachen oder Zustände auszusagen, die sie wahrgenommen haben, die also der Vergangenheit angehören. Sie unterscheiden sich von den gewöhnlichen Zeugen dadurch, dass sie die Thatsachen und Zustände durch oder mit Hilfe ihrer besonderen Sachkunde wahrgenommen haben. Dieselben sind auch nur als Zeugen und nicht als Sachverständige zu beeiden, haben keine anderen Gebüren als Zeugengebüren anzusprechen und können von den Parteien nicht nach § 355 abgelehnt werden.

Wenn es sich aber nicht um den Beweis vergangener Thatsachen oder Zustände, sondern um technische Schlüsse auf Grund vergangener Thatsachen oder Zustände handelt, so können diese nur durch das Gutachten von Sachverständigen festgestellt werden (R. G. Leipzig, XX, S. 394). Sollen die über ihre eigenen Wahrnehmungen vergangener Thatsachen als sachverständige Zeugen vernommenen oder zu vernehmenden Personen zugleich ein Gutachten abgeben, so sind sie Zeugen und Sachverständige, sind sowohl als Zeugen als auch als Sachverständige zu beeiden und haben auch auf Entlohnung ihrer Mühewaltung (§ 365) Anspruch.

Fünfter Titel: **Beweis durch Sachverständige.**

Bestellung der Sachverständigen.

§ 351. Wird die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige nothwendig, so hat das erkennende Gericht einen

Digitized by Google

oder mehrere Sachverständige, sofort nach Einvernehmung der Parteien über deren Person, zu bestellen. Hiebei ist, sofern nicht besondere Umstände etwas anderes nothwendig machen, vor allem auf die für Gutachten der erforderten Art öffentlich bestellten Sachverständigen Bedacht zu nehmen.

Das Gericht kann an Stelle des oder der zuerst bestellten Sachverständigen andere ernennen.

1. Sachverständige haben den Richter durch ihre Fachkenntnis bei der Würdigung eines bestimmten Sachverhaltes zu unterstützen (Regierungsmotive, S. 280). Erforderlich ist eine solche Unterstützung überall dort, wo technische, ökonomische, kaufmännische, wissenschaftliche, industrielle, künstlerische, überhaupt fachmännische Erfahrungen nothwendig oder wünschenswert sind, um das richtige Verständnis des Sachverhaltes oder die sachgemäße Beurtheilung der vorgebrachten Behauptungen zu vermitteln. Die Thätigkeit des Sachverständigen ist eine wahrnehmende (Befund) und eine urtheilende (Gutachten). Die rechtliche Beurtheilung des Sachverhaltes, die logische Schlussfolgerung aus den auf Grund der sachverständigen Erfahrungssätze klargelegten Umstände steht dem Richter allein zu. Dem richterlichen Ermessen ist es überlassen, ob es zur Würdigung des Sachverhaltes der Sachverständigenvernehmung bedarf (Regierungsmotive, S. 280). Bei der Vergleichung von Handschriften (§ 315), bei der Ausübung der Causalgerichtsbarkeit in Handels-, See- und Bergsachen (§ 364) ist dies ausdrücklich ausgesprochen.

2. Das Gericht kann von amtswegen eine Begutachtung durch Sachverständige anordnen:

Zur Bewertung des Streitgegenstandes (§ 60 J. N.) bei zweifelhafter Competenz; als processleitende Verfügung (§ 183) selbst gegen den Willen der Parteien; bei Vornahme eines Augenscheines (§ 368).

Sonst ist der Sachverständigenbeweis von der Partei anzubieten (§ 178), wobei jene Gegenstände zu bezeichnen und jene Umstände anzuführen sind, welche begutachtet werden sollen. Der Vorschlag geeigneter Personen seitens der Partei ist zum Antritt des Beweises nicht erforderlich, doch sind die Parteien vor der Bestellung des oder der Sachverständigen über deren Person einzuvernehmen, wenn deren Bestellung nicht von amtswegen (§ 183) oder durch den beauftragten oder ersuchten Richter (§ 352) zu erfolgen hat. Diese Einvernahme kann vor oder nach dem Beweisbeschlusse erfolgen.

3. Das Gericht ist an den Vorschlag der Parteien nicht gebunden, es hat den Sachverständigen frei zu wählen und zu

Digitized by Google

entscheiden, ob es eines oder mehrerer Sachverständiger bedürfe. Der Richter wird hiebei, das ist selbstverständlich, nach Thunlichkeit auf die Vorschläge Rücksicht nehmen, welche die Parteien über die zuzuziehenden Sachverständigen und insbesondere über deren Zahl machen; diese Vorschläge werden namentlich dann für ihn von großem Werte sein, wenn sie auf dem Einverständnisse beider Parteien beruhen. Aber es wäre principiell nicht gerechtfertigt, den Parteien einen weitergehenden Einfluss einzuräumen und das Ermessen des Richters in einer Frage, welche den Vollzug eines Beweisbeschlusses betrifft, dem Willen einer Partei unterzuordnen (Regierungsmotive, S. 280). Die Entscheidung über die Anzahl der Sachverständigen kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 366).

4. Unter den öffentlich bestellten Sachverständigen sollen nur die innerhalb des Gerichtsbezirkes bestellten gemeint sein und zu den besonderen Umständen sollen Verhinderungen des bestellten Sachverständigen, die Zuziehung näher qualificierter Sachverständiger oder besonderer Specialisten gerechnet werden (Protokolle der Reichstags-Justizcommission, S. 141).

Durch § 63 des Gesetzes vom 26. December 1895, Nr. 197 R.-G.-Bl. ist die Bestellung besonderer Sachverständigercollegien zur Abgabe von Gutachten in Sachen des Urheberrechtes in Aussicht genommen, deren Organisierung durch die Verordnung vom 31. Juli 1896, Nr. 151 R.-G.-Bl. geregelt worden ist.

Dieselben werden errichtet:

für den Bereich der Literatur: in Wien, Prag, Lemberg und Triest;

für den Bereich der Tonkunst: in Wien, Prag und Lemberg;

für den Bereich der bildenden Künste: in Wien, Prag und Krakau;

für den Bereich der Photographie: in Wien.

Zur Abgabe eines Gutachtens sind die Sachverständigencollegien nur dann verpflichtet, wenn das ersuchende Gericht die zu begutachtenden Fragen einzeln aufgeführt und die zu vergleichenden Gegenstände, sowie die zur Abgabe des Gutachtens erforderlichen gerichtlichen Acten dem Sachverständigencollegium zugesendet hat.

Nach dem Gesetze vom 18. Februar 1878, Nr. 30 R.-G.-Bl., § 24, sind von jedem Oberlandesgerichte nach Einvernahme der politischen Landesbehörde jährlich Listen der Sachverständigen für das Enteignungsverfahren aufzustellen und kundzumachen, denen bei Ermittlung der Entschädigung drei Sachverständige zu entnehmen sind.

Digitized by Google

§ 352. Wenn ein durch Sachverständige zu besichtigender Gegenstand nicht vor das erkennende Gericht gebracht werden kann, oder die Aufnahme des Sachverständigenbeweises vor demselben aus anderen Gründen erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde, so kann dieselbe durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen.

Die Bestimmung der Anzahl der Sachverständigen, sowie die Auswahl der Sachverständigen kann in diesem Falle dem mit der Beweisaufnahme betrauten Richter überlassen werden; ferner kann die Auswahl, wenn dies zur Vermeidung von Verzögerungen oder eines unverhältnismäßigen Aufwandes dienlich erscheint, ohne vorgängige Vernehmung der Parteien geschehen. Die Namen der bestellten Sachverständigen sind den Parteien vom beauftragten oder ersuchten Richter gleichzeitig mit der Verständigung vor der zur Beweisaufnahme bestimmten Tagsatzung bekannt zu geben.

1. Die erheblichen Schwierigkeiten (§ 328, Anm. 3) berechtigen nicht nur zur Aufnahme des Sachverständigenbeweises durch ein Mitglied des erkennenden Gerichtes (§ 282) als beauftragten Richter oder durch das Bezirksgericht (§ 37 J. N.) als ersuchten Richter, sondern auch zur Anordnung einer vorbereitenden Beweisaufnahme (§§ 245, 246).

Der Beschluss auf Durchführung des Sachverständigenbeweises durch einen ersuchten oder beauftragten Richter kann durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 291). Die Aufnahme eines Sachverständigenbeweises wird relativ häufig außerhalb der mündlichen Verhandlung stattfinden müssen. Oft kann der zu besichtigende Gegenstand nicht vor Gericht gebracht werden, oft wieder hängt die Gewinnung einer bestimmten Ansicht von Untersuchungen ab, welche mit bestem Willen nicht vor dem erkennenden Gerichte angestellt werden können (Regierungsmotive, S. 280).

Die Vornahme eines Sachverständigenbefundes oder einer Schätzung in Bezug auf landtäfliche oder Lehengüter oder aus dem Gemeindeverbande ausgeschiedene Gutsgebiete steht dem Kreis- oder Landesgerichte zu, in dessen Sprengel sich die Sache befindet. Soll ein solcher Beweis durch einen ersuchten Richter erfolgen, so muss sich daher das Processgericht an den zuständigen Gerichtshof wenden (§ 117 J. N.).

2. Wird die Bestimmung der Anzahl der Sachverständigen und die Auswahl derselben oder nur die letztere Befugnis dem beauftragten oder ersuchten Richter überlassen, so ist dies im Beweisbeschlusse ausdrücklich anzuführen. Es würde wohl recht zweckwidrig sein, wenn das mit den Orts- und Personenver-

Digitized by Google

hältnissen vielleicht weniger vertraute erkennende Gericht durch eine Entscheidung über die Anzahl der Sachverständigen und durch die Auswahl der Person das viel besser informierte Gericht binden und eine erfolgreiche Beweisaufnahme hindern oder erschweren würde (Regierungsmotive, S. 280).

Gegen die Entscheidung, mit welcher dem beauftragten (nicht ersuchten) Richter die Wahl der Sachverständigen überlassen wird, ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 366).

Die vorgängige Vernehmung der Parteien über die Person der Sachverständigen kann nur ausnahmsweise unterbleiben, dieselbe kann jedoch schon bei dem erkennenden Gerichte erfolgen.

§ 353. Der Bestellung zum Sachverständigen hat derjenige Folge zu leisten, welcher zur Erstattung von Gutachten der erforderten Art öffentlich bestellt ist oder welcher die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis Voraussetzung der geforderten Begutachtung ist, öffentlich als Erwerb ausübt oder zu deren Ausübung öffentlich angestellt oder ermächtigt ist.

Aus denselben Gründen, welche einen Zeugen zur Verweigerung der Aussage berechtigen, kann die Enthebung von der Bestellung als Sachverständiger begehrt werden.

Oeffentliche Beamten sind überdies auch dann zu entheben, wenn ihnen die Verwendung als Sachverständige von ihren Vorgesetzten aus dienstlichen Rücksichten untersagt wird oder wenn sie durch besondere Anordnungen der Pflicht, sich als Sachverständige verwenden zu lassen, enthoben sind.

1. Eine allgemeine Pflicht, sich als Sachverständiger verwenden zu lassen, besteht nicht. Eine solche Pflicht ist auf die im § 353 aufgezählten drei Kategorien beschränkt. Die bleibende Bestellung von Sachverständigen liegt in dem Wirkungskreise des Gerichtes, für welches sie bestellt werden sollen (J. M. E. v. 1. Juni 1858, Z. 9744). Zu den bleibend bestellten Sachverständigen gehören jedoch auch die Sachverständigencollegien zur Abgabe von Gutachten in Sachen des Urheberrechtes, die von den Oberlandesgerichten bestellten Sachverständigen für das Enteignungsverfahren (§ 352, Anm. 4), die auf Grund der M. V. v. 11. Februar 1883, Z. 2257, von den Oberlandesgerichten bestellten Sachverständigen in Forstsachen, sowie alle von einer hiezu kraft besonderer Anordnung berufenen Behörde bestellten Sachverständigen.

Bei nicht bleibend bestellten Sachverständigen verpflichtet die öffentliche Bestellung oder Ermächtigung — auch ohne Ausübung — oder die öffentliche Ausübung als Erwerb — auch

Digitized by Google

ohne Bestellung oder Ermächtigung — zur Uebernahme der Functionen eines gerichtlichen Sachverständigen. Eine Gewerbebefugnis im Sinne der Gewerbeordnung ist hiezu nicht erforderlich.

2. Aber auch diese Personen sind von der Bestellung als Sachverständige über ihr Begehren zu entheben, wenn sie als Zeugen die Aussage auf Grund der Bestimmungen der §§ 321, 322 verweigern könnten. Das Gericht ist nach § 351 befugt, auch bei Abgang solcher Weigerungsgründe einen Sachverständigen über sein Begehren oder von amtswegen zu entheben, wenn dies im Interesse des Sachverständigen oder wegen später auftauchender Bedenken gegen seine Eignung oder aus anderen Gründen zweckmäßig erscheint.

3. Oeffentliche Beamte — nicht bloß Staatsbeamte — sind von amtswegen zu entheben, wenn sie durch besondere Anordnungen ein für allemal von dieser Verpflichtung enthoben sind, oder wenn ihnen die Annahme der Bestellung aus Dienstesrücksichten für den concreten Fall von ihren Vorgesetzten untersagt worden ist. Die Vorschrift dient zur Vermeidung aller Nachtheile sowohl hinsichtlich der Zeit, als auch weil der Beamte leicht in eine unangenehme Stellung gedrängt, Angriffen, Kritiken und Conflicten mit seinen Amtspflichten ausgesetzt wird (Motive der C. P. O. für das Deutsche Reich, S. 260). Eine Begründung der Untersagung ist nicht erforderlich. Der Beamte ist verpflichtet, die Weisung seines Vorgesetzten einzuholen, falls eine Pflichtencollision möglich erscheint. Es wird daher genügen, wenn dem öffentlichen Beamten das Recht eingeräumt wird, die Stellung als Sachverständiger mit Berufung auf einen Auftrag seines Vorgesetzten abzulehnen (Regierungsmotive, S. 281).

Folgen des Nichterscheinens und der Weigerung.

§ 354. Wenn ein zur Erstattung des Gutachtens bestellter Sachverständiger die Abgabe des Gutachtens ohne genügenden Grund verweigert oder trotz ordnungsmäßiger Ladung bei der zur Beweisaufnahme bestimmten Tagsatzung ohne genügende Entschuldigung nicht erscheint, ist demselben der Ersatz der durch seine Weigerung oder durch sein Ausbleiben verursachten Kosten durch Beschluss aufzuerlegen; außerdem ist der Sachverständige in eine Ordnungsstrafe oder bei muthwilliger Verweigerung der Abgabe des Gutachtens in eine Muthwillensstrafe zu verfällen. In Bezug auf diese Beschlussfassungen haben die Bestimmungen der §§ 326, 333 und 334 sinngemäße Anwendung zu finden.

Digitized by Google

Anstatt des ungehorsamen Sachverständigen kann ein anderer Sachverständiger bestellt werden.

Der ungehorsame Sachverständige haftet nebst dem Kostenersatze für allen weiteren den Parteien durch die ihm zur Last fallende Vereitlung oder Verzögerung der Beweisführung verursachten Schaden.

1. Der Sachverständige ist, wenn ihn die Partei nicht zur Verhandlung mitgebracht hat, von amtswegen durch den Vorsitzenden (Einzelrichter), den ersuchten oder beauftragten Richter zu laden. Die Ladung hat nebst der Benennung der Parteien und einer kurzen Bezeichnung des Gegenstandes der Vernehmung die Aufforderung zu enthalten, zur Abgabe eines Gutachtens bei der gleichzeitig nach Ort und Zeit bestimmten Tagsatzung zu erscheinen. Auch sind ihm die gesetzlichen Bestimmungen über Sachverständigengebüren und die gesetzlichen Folgen des Ausbleibens bekannt zu geben (§§ 367, 329). Bei Militärpersonen ist das Ersuchen an das vorgesetzte Commando, bei Gendarmen, Mitgliedern der Militärpolizeiwache und der Sicherheitswache, wenn sie nicht selbst Commandanten sind, an deren Vorgesetzte zu richten (§ 330).

Steht die als Sachverständiger zu ladende Person in einem öffentlichen Amte oder Dienste, im Dienste einer mit mechanischen Motoren betriebenen Transportanstalt, eines Berg-, Hütten- oder Walzwerkes oder in Privatforstdiensten, so ist deren unmittelbarer Vorgesetzter von der Ladung zu verständigen (§ 331).

Hat die unanfechtbare Ladung den vorgeschriebenen Inhalt nicht, so ist der Sachverständige nicht ordnungsmäßig geladen und braucht der Ladung nicht Folge zu leisten.

2. Die Anwendung von Zwangsmitteln gegen einen Sachverständigen dürfte selten zweckmäßig sein. Für den Ausgang des Processes ist es förderlicher, wenn man in jeder Lage der Beweisaufnahme gestattet, an Stelle des sich weigernden Sachverständigen einen anderen zu bestellen (Regierungsmotive, S. 281).

Die Verhängung von Geldstrafen oder Haft auf dem Wege der zur Erzwingung einer Handlung zulässigen Execution (§ 325) und die Vorführung (§ 333) ist bei Sachverständigen unzulässig. Es kann nur eine Ordnungsstrafe bis zu 50 fl. (§ 220) verhängt werden, welche der dieselbe verhängende Richter über Recurs (§ 522) oder bei nachträglicher genügender Entschuldigung des Ausbleibens (§ 333) wieder nachsehen kann. Eine Muthwillensstrafe ist nur bei Verweigerung des Gutachtens bis zur Höhe von 300 fl. (§ 220) zulässig.

Digitized by Google

3. Der Sachverständige, der die Abgabe des Gutachtens verweigern will, darf nicht einfach von der Tagsatzung ausbleiben, sondern muss sein Ausbleiben begründen (vgl. § 323). Ueber das vor der Tagsatzung mündlich oder schriftlich eingebrachte Begehren um Enthebung von der Bestellung zum Sachverständigen, welches den Parteien soweit thunlich noch vor der zur Vernehmung bestimmten Tagsatzung bekannt zu geben ist, sowie über ein diesbezügliches bei der Tagsatzung gestelltes Begehren sind vor dem erkennenden Gerichte die Parteien über die Person des etwa neu zu bestellenden Sachverständigen einzuvernehmen (§ 351). Ist der beauftragte oder ersuchte Richter zur Bestellung der Sachverständigen berechtigt (§ 352), so kann diese Einvernahme unterbleiben. Ueber die Rechtmäßigkeit der Weigerung hat bei Beweisaufnahmen vor dem erkennenden Gerichte dieses, bei Beweisaufnahmen vor dem beauftragten oder ersuchten Richter dieser mit Beschluss zu entscheiden (§ 324) gegen den ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zusteht (§ 349).

Ordnungsstrafen sind nur anwendbar, wenn ein zur Abgabe des Gutachtens verpflichteter Sachverständiger (§ 353) die Abgabe des Gutachtens oder die Ablegung des Sachverständigeneides verweigert oder nach Ablehnung seiner Weigerungsgründe bei seiner Weigerung ohne Angabe anderer Gründe beharrt. Die Entscheidung steht dem erkennenden Gerichte oder dem ersuchten Richter, nicht aber dem beauftragten Richter zu. Vor der Entscheidung muss der Sachverständige unter Ausbleibensfolgen (§ 144) gehört werden (§ 325). Muthwillensstrafen kann auch der beauftragte Richter verhängen (§ 326).

4. Ueber einen Sachverständigen, der zur Verhandlungstagsatzung nicht erscheint, obwohl er ordnungsmäßig geladen war (Anm. 1) können Ordnungsstrafen verhängt werden, wenn er auch zur Abgabe des Gutachtens nicht verpflichtet oder von der Abgabe des Gutachtens befreit ist (§ 353). Die Verurtheilung ist von einem Parteienantrage unabhängig und obligatorisch. Der Sachverständige braucht vor seiner Verurtheilung nicht gehört zu werden. Ist das Ausbleiben des Sachverständigen von ihm selbst, von den Parteien oder dritten Personen genügend entschuldigt, so hat dessen Verurtheilung zu unterbleiben.

Die Entscheidung steht dem erkennenden Gerichte, dem ersuchten oder beauftragten Richter zu (§ 333).

Betreffs der in activer Dienstleistung stehenden Militärpersonen (§ 330) hat sich das Gericht wegen Bestrafung an deren Vorgesetzten zu wenden, denen sohin auch der Strafvollzug und der Strafnachlass überlassen bleibt.

Digitized by Google

5. Die Verurtheilung zum Kostenersatze ist nur im Principe auszusprechen, sie steht bei ungerechtfertigter Weigerung nur dem erkennenden Gerichte (§ 326), bei nicht entschuldigtem Ausbleiben auch dem beauftragten oder ersuchten Richter (§ 333) zu, vor welchem die Parteien binnen der unerstreckbaren Frist von 8 Tagen die Feststellung der Kosten (§ 334) anzusprechen haben.

Schadenersatzansprüche sind in besonderen Processen auszutragen.

Ablehnung.

§. 355. Sachverständige können aus denselben Gründen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen; jedoch kann die Ablehnung nicht darauf gegründet werden, dass der Sachverständige früher in derselben Rechtssache als Zeuge vernommen wurde.

Die Ablehnungserklärung ist bei dem Processgerichte, wenn aber die Auswahl der Sachverständigen dem beauftragten oder ersuchten Richter überlassen wurde, bei diesem vor dem Beginne der Beweisaufnahme, und bei schriftlicher Begutachtung vor erfolgter Einreichung des Gutachtens mittels Schriftsatz oder mündlich anzubringen. Später kann eine Ablehnung nur dann erfolgen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren oder wegen eines für sie unübersteiglichen Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte.

Ist im Falle einer solchen nachträglichen Ablehnung die durch einen beauftragten oder ersuchten Richter vorzunehmende Beweisaufnahme schon beendet, so kann die Ablehnung nur bei dem Processgerichte vorgebracht werden.

1. Der beauftragte oder ersuchte Richter hat den Parteien die Namen der bestellten Sachverständigen gleichzeitig mit der Verständigung von der Tagsatzung bekannt zu geben (§ 352). Um den Parteien eine rechtzeitige Geltendmachung von Ablehnungsgründen zu ermöglichen und eine spätere Verhandlung über Ablehnungen zu vermeiden, wird auch wenn die Bestellung der Sachverständigen durch das erkennende Gericht geschicht, dafür zu sorgen sein, dass den Parteien die Namen der Sachverständigen nach Thunlichkeit noch vor der zur Beweisaufnahme bestimmten Tagsatzung bekannt werden (Regierungsmotive, S. 281).

Die Ablehnung kann vor oder nach der Bestellung des Sachverständigen erfolgen; Bemängelungen des abgegebenen

Digitized by Google

Gutachtens sind keine Ablehnung, wenn sie auch durch Ablehnungsgründe unterstützt werden.

Von amtswegen hat das Gericht einen Sachverständigen nicht abzulehnen. Die Ablehnung ist ein Recht der Partei, auf das dieselbe verzichten kann.

2. Die Ablehnungsgründe sind dieselben, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen, nur kann ein Sachverständiger, der in erster Instanz als solcher mitgewirkt hat, aus diesem Grunde in der Berufungsinstanz nicht abgelehnt werden (§ 481).

Nach § 20 J. N. sind Richter von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen:

a) wenn sie selbst Partei sind oder zu einer der Parteien in dem Verhältnisse eines Mitberechtigten oder Mitverpflichteten oder Regresspflichtigen stehen;
b) in Sachen ihrer Ehefrauen oder solcher Personen, welche mit ihnen in gerader Linie verwandt oder verschwägert sind, oder mit welchen sie in der Seitenlinie bis zum vierten Grade verwandt oder im zweiten Grade verschwägert sind;
c) in Sachen ihrer Wahl- oder Pflegeeltern, Wahl- oder Pflegekinder, ihrer Mündel und Pflegebefohlenen;
d) in Sachen, in welchen sie als Bevollmächtigte einer der Parteien bestellt waren oder noch bestellt sind.

Ein Richter kann weiter nach § 19 J. N. abgelehnt werden, wenn ein hinreichender Grund vorliegt, seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen. Es müssen objective Verdachtsgründe: Freundschaft, Feindschaft, eigenes Interesse, Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit einem der Processbevollmächtigten u. s. w. vorliegen.

§ 356. Gleichzeitig mit der Ablehnung sind die Gründe der Ablehnung anzugeben. Die Entscheidung über die Ablehnung steht dem erkennenden Gerichte oder dem beauftragten oder ersuchten Richter zu, je nachdem die Ablehnung zufolge § 355 bei ersterem oder letzterem angebracht wurde.

Die Entscheidung erfolgt, wenn die Ablehnung nicht bei einer Tagsatzung vorgebracht wird, ohne vorhergehende mündliche Verhandlung. Die ablehnende Partei hat die von ihr angegebenen Gründe der Ablehnung auf Verlangen des Gerichtes vor der Entscheidung glaubhaft zu machen. Wird der Ablehnung stattgegeben, so ist ohne Aufschub die Bestellung eines anderen Sachverständigen zu veranlassen.

Die Ablehnungsgründe sind immer anzugeben, jedoch nur auf Verlangen des Gerichtes glaubhaft (§ 274) zu machen.

Digitized by Google

Eine vorherige Einvernahme des Sachverständigen ist nicht vorgeschrieben, doch erscheint eine solche von amtswegen oder über Antrag der Partei zulässig. Das Verfahren betrifft nicht einen Streit der Parteien unter einander, sondern das Verlangen der ablehnenden Partei gegenüber dem Gerichte auf Beseitigung des von diesem bestellten Sachverständigen (Wilmowski, S. 619).

Gegen den einem Ablehnungsantrage stattgebenden Beschluss ist jedes Rechtsmittel, gegen die Verwerfung des Antrages ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 366).

Beweisaufnahme.

§ 357. Das erkennende Gericht oder der mit der Leitung der Beweisaufnahme betraute Richter kann auch die schriftliche Begutachtung anordnen. In diesem Falle sind die Sachverständigen verpflichtet, auf Verlangen über das schriftliche Gutachten mündliche Aufklärungen zu geben oder dasselbe bei der mündlichen Verhandlung zu erläutern.

Für die Vernehmung der Sachverständigen gelten nach § 367 die für den Zeugenbeweis geltenden Vorschriften. Dem Sachverständigen ist sonach gemäß § 339 vor seiner Vernehmung bekannt zu geben, in welchen Fällen die Abgabe des Gutachtens verweigert werden kann (§ 353). Dagegen ist mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 361 die weitere Bestimmung des § 339 über die Einvernahme jedes einzelnen Sachverständigen in Abwesenheit der später zu vernehmenden nicht anwendbar.

Die Vernehmung selbst, zu den allgemeinen und besonderen Fragen, hat durch den Vorsitzenden im Sinne des § 340 zu erfolgen, wie auch die übrigen Mitglieder des Senates und die Parteien (§ 341) an den Sachverständigen Fragen stellen können (§ 289) und daher von der Beweistagsatzung rechtzeitig zu verständigen sind. Ueber die Zulässigkeit von Fragen ist nach § 342 zu entscheiden.

Eine Abweichung von den für den Zeugenbeweis geltenden Vorschriften liegt auch darin, dass die schriftliche Begutachtung angeordnet werden kann, gegen welche Verfügung ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zusteht (§ 366). Auch in diesem Falle wird die Beeidigung und Instruierung der Sachverständigen vor Gericht zu erfolgen haben. Wenn die schriftliche Form der Begutachtung gewählt wird, so kann dies nicht als Befreiung von der Aufgabe betrachtet werden, welche mit der Leitung der Beweisaufnahme verbunden ist (Regierungsmotive, S. 281). Von dem Einlangen des schriftlichen Gut-

Digitized by Google

achtens sind die Parteien in Kenntnis zu setzen (§ 360), die Einsichtnahme desselben ist den Parteien offen zu halten (§ 286) und sie können sohin die zur Behebung der Mängel geeigneten Anträge stellen und zu diesem Zwecke die Vorladung der Sachverständigen beantragen.

§ 358. Jeder Sachverständige hat vor dem Beginne der Beweisaufnahme den Sachverständigeneid zu leisten. Von der Beeidigung des Sachverständigen kann abgesehen werden, wenn beide Parteien auf die Beeidigung verzichten.

Ist der Sachverständige für die Erstattung von Gutachten der erforderten Art im allgemeinen beeidet, so genügt die Erinnerung und Berufung auf den geleisteten Eid.

Der für Sachverständige vorgeschriebene Eid lautet nach Art. XL, E.-G. und Ges. v. 3. Mai 1868, Nr. 33 R.-G.-Bl.):

„Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden einen reinen Eid, dass ich den Befund und mein Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen und nach den Regeln der Wissenschaft (der Kunst, des Gewerbes) abgeben werde; so wahr mir Gott helfe.“

Verzichten nicht beide Parteien auf die Beeidigung oder liegt der Fall des zweiten Absatzes nicht vor, so muss jeder Sachverständige vor seiner Vernehmung beeidet werden.

Die Bestimmungen des § 337 Abs. 2 sind mit Rücksicht auf § 367 auf Sachverständige nicht anwendbar (R. G. Leipzig, XX, S. 394). Die im § 336 bezeichneten Personen dürfen auch als Sachverständige nicht beeidet werden und sind daher überhaupt nicht zuzulassen, wenn die Parteien nicht über deren unbeeidete Vernehmung sich einigen.

Die vorherige Beeidigung entfällt auch nicht im Falle der schriftlichen Begutachtung (§ 357).

Ständig beeidete Sachverständige müssen an den abgelegten Eid vom Gerichte erinnert werden und sich außerdem auf diesen Eid berufen; beides muss ihrer Einvernahme vorangehen und vor Gericht mündlich erklärt werden.

Die über die Beeidigung eines Sachverständigen gefassten Beschlüsse können durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 366).

§ 359. Den Sachverständigen sind diejenigen bei Gericht befindlichen Gegenstände, Actenstücke und Hilfsmittel mitzutheilen, welche für die Beantwortung der denselben vorgelegten Fragen erforderlich sind.

Digitized by Google

§ 360. Kann eine gründliche und erschöpfende Begutachtung nicht sogleich erfolgen, so hat der die Beweisaufnahme leitende Richter für die Abgabe des Gutachtens eine Frist oder eine besondere Tagsatzung zu bestimmen.

Von dem Einlangen des schriftlichen Gutachtens sind die Parteien in Kenntnis zu setzen (§ 286).

Die Mittheilung der bei Gericht befindlichen Gegenstände (Augenscheinsgegenstände, Auskunftssachen), Actenstücke (Zeugenprotokolle, Urkunden, Schriftsätze, Acten) und sonstigen Hilfsmittel dient zur Vorbereitung des Gutachtens. Zu manchen Begutachtungen ist aber eine länger dauernde Beobachtung (bei Krankheiten, Viehmängel), eine eingehende Untersuchung, chemische Analyse u. s. w. erforderlich. Hier ist den Sachverständigen zur Vorbereitung eine Frist zu bestimmen und die schriftliche Abgabe des Gutachtens anzuordnen oder die Tagsatzung zur Abgabe des Gutachtens zu erstrecken. Den außergerichtlichen von den Sachverständigen vorzunehmenden Beobachtungen oder Untersuchungen werden die Parteien trotz der Vorschrift des § 289 nicht zuzuziehen sein, weil sie nicht zur Beweisaufnahme, sondern zur Vorbereitung derselben gehören.

Es genügt die Verständigung der Parteien, dass den Sachverständigen die Hilfsmittel übergeben wurden, oder dass ihnen zur Vornahme der Untersuchung oder Beobachtung eine Frist ertheilt worden ist. Die betreffende Verfügung kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 366).

§ 361. Sind zur Abgabe eines Gutachtens mehrere Sachverständige bestellt, so können sie dasselbe gemeinsam erstatten, wenn ihre Ansichten übereinstimmen. Sind sie verschiedener Ansicht, so hat jeder Sachverständige seine Ansicht und die für dieselbe sprechenden Gründe besonders darzulegen.

§ 362. Das Gutachten ist stets zu begründen. Vor Darlegung seiner Ansicht hat der Sachverständige in denjenigen Fällen, in welchen der Abgabe seines Gutachtens die Besichtigung von Personen, Sachen, Oertlichkeiten u. dgl. vorausging und die Kenntnis ihrer Beschaffenheit für das Verständnis und die Würdigung des Gutachtens von Belang ist, eine Beschreibung der besichtigten Gegenstände zu geben (Befund).

Erscheint das abgegebene Gutachten ungenügend oder wurden von den Sachverständigen verschiedene Ansichten ausgesprochen, so kann das Gericht auf Antrag oder von amtswegen anordnen, dass eine neuerliche Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige oder doch mit Zuziehung anderer Sachverständiger stattfinde. Eine solche Anordnung ist insbe-

Digitized by Google

sondere auch dann zulässig, wenn ein Sachverständiger nach Abgabe des Gutachtens mit Erfolg abgelehnt wurde. Zu diesen Anordnungen ist auch der beauftragte oder ersuchte Richter berechtigt.

Das Gericht hat die Beweiskraft des Gutachtens nach freier Ueberzeugung zu würdigen (§ 272), es ist an das Gutachten nicht gebunden.

Bei ungenügendem Gutachten hat der Richter die Pflicht, den weiterbeantragten Sachverständigenbeweis zu erheben (R. G. Leipzig, Fuchsberger, S. 578). Bei widersprechenden Aussprüchen Sachverständiger kann das Gericht zwar eine neue Begutachtung anordnen; allein es ist dies seinem Ermessen überlassen und es besteht kein Erfordernis der Einholung eines Obergutachtens (R. G. Leipzig, Fuchsberger, S. 578). Sind für das Gericht die Gründe des einen der vernommenen Sachverständigen überzeugend und durch die Gründe des oder der abweichenden Sachverständigen nicht entkräftet, so kann es sich mit dem Gutachten dieses einen Sachverständigen begnügen. Die Ergänzung oder Wiederholung des Sachverständigenbeweises steht dem ersuchten oder beauftragten Richter wohl nur für so lange zu, als er die Acten nicht bereits dem erkennenden Gerichte abgegeben hat. Die Beschränkung des § 289 hat hier nicht statt.

Der Vorsitzende, oder auf dessen Antrag der Senat, kann die Ergänzung einer vorbereitenden Beweisaufnahme durch den beauftragten Richter verfügen (§ 256). Der Vorsitzende hat über die Wiederholung oder Ergänzung einer vor dem ersuchten oder beauftragten Richter im Beweisverfahren stattgefundenen Beweisaufnahme durch diesen zn entscheiden (§ 286). Das erkennende Gericht ist in allen diesen Fällen, aber auch im Falle einer vorbereitenden Beweisaufnahme (§ 264) und einer Beweisaufnahme zur Sicherung von Beweisen (§ 389), endlich anlässlich einer von ihm selbst durchgeführten Beweisaufnahme berechtigt, das Gutachten in der mündlichen Verhandlung oder durch den ersuchten oder beauftragten Richter ergänzen, wiederholen oder überprüfen zu lassen.

Gegen den betreffenden Beschluss ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 291). Im Berufungsverfahren kann eine in erster Instanz erfolgte Beweisaufnahme unter Zuziehung derselben (§ 481) oder anderer Sachverständiger (§ 488) wiederholt werden.

Ein Sachverständiger kann nach Abgabe seines Gutachtens nur dann mit Erfolg abgelehnt werden, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht

Digitized by Google

erfahren oder wegen eines für sie unübersteiglichen Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte (§ 355).

§ 363. Die Partei, welche den Beweis durch Sachverständige angeboten hat, kann auf denselben verzichten. Der Gegner kann jedoch verlangen, dass die angeordnete Beweisaufnahme demungeachtet vorgenommen werde, wenn entweder die Beweisaufnahme bereits begonnen hat oder wenigstens die Sachverständigen zum Zwecke der Beweisaufnahme schon bei Gericht erschienen sind.

Die dem Vorsitzenden nach § 183 zustehende Befugnis, von amtswegen eine Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen, wird durch einen Verzicht der Parteien nicht berührt.

Betreffs des Verzichtes auf den angebotenen Sachverständigenbeweis gilt dasselbe, was bei § 345 betreffs des Verzichtes auf einen angebotenen Zeugenbeweis angeführt wurde. Nur kann das Gericht von amtswegen die Aufnahme des Sachverständigenbeweises auch gegen den Willen beider Parteien verfügen. Ist die schriftliche Begutachtung angeordnet (§ 357), so wird die Gegenpartei des verzichtenden Beweisführers von diesem Verzichte rechtzeitig zu verständigen sein, damit dieselbe von dem Rechte des § 363 Gebrauch machen könne.

§ 364. Bei der Ausübung der Handels-, See- oder Berggerichtsbarkeit kann das Gericht in Fällen, in welchen der Gegenstand seiner Beurtheilung fachmännische Kenntnisse erfordert oder in welchen das Bestehen von geschäftlichen Gebräuchen in Frage kommt, ohne Zuziehung von Sachverständigen entscheiden, wenn die eigene Fachkunde oder das eigene Wissen der Richter diese Zuziehung überflüssig macht.

Die Bestimmung der Regierungsvorlage vom Jahre 1870, welche die theilweise mit Kaufleuten besetzten Gerichte in Angelegenheiten, welche eine kaufmännische Begutachtung erfordern, der Verpflichtung Sachverständige anzuziehen entband, glaubte man auf alle Gerichte, die eine besondere Gerichtsbarkeit ausüben, und für alle analogen Angelegenheiten ausdehnen zu sollen, soweit die Mitglieder dieser Gerichte durch ihren Beruf in die Lage kommen, sich die erforderlichen Fachkenntnisse, sowie die Kenntnis der geschäftlichen Gebräuche zu verschaffen.

Die Zuziehung von Sachverständigen wird man nur dann entbehren können, wenn alle Mitglieder eines erkennenden Senates in der Lage sind, auf Grund eigenen Wissens und eigener Fachkunde zu entscheiden.

Man vermied es darum, in der Textierung auf die fachmännischen Beisitzer dieser Gerichte insbesondere hinzuweisen,

Digitized by Google

um nicht die irrige Meinung zu veranlassen, dass die Fachkunde und das Wissen dieser Beisitzer allein stets die Zuziehung von Sachverständigen für das Gericht entbehrlich machen würde (Motive des Entwurfes v. J. 1881).

Werden in solchen Fällen keine Sachverständigen beigezogen, so ist das Gutachten vom Gerichte abgegeben und so zu begründen, wie es für die Sachverständigen vorgeschrieben ist.

Gebüren.

§ 365. Der Sachverständige hat Anspruch auf Ersatz der ihm verursachten Kosten und Auslagen, auf Entschädigung für Zeitversäumnis und auf Entlohnung seiner Mühewaltung; er kann einen angemessenen Vorschuss begehren.

Der Vorsitzende oder der beauftragte oder ersuchte Richter vor welchem die Beweisaufnahme stattfindet, können anordnen, dass der Beweisführer einen von ihnen zu bestimmenden Betrag zur Deckung des mit der Aufnahme des Beweises durch Sach, verständige verbundenen Aufwandes vorschussweise erlege (§ 332-Absatz 2).

Auf die Bemessung der Sachverständigengebüren finden die Bestimmungen des § 347 sinngemäße Anwendung. Gegen den Beschluss über das Ausmaß dieser Gebüren ist der Recurs zulässig.

1. Der Sachverständige hat nicht bloß wie der Zeuge Anspruch auf Ersatz der Reise- und Zehrungskosten (§ 346), sondern auf Ersatz aller Kosten und Auslagen, außerdem immer auf Entschädigung für Zeitversäumnis und auf Entlohnung. Die Bestimmungen über die Liquidierung der Entlohnung der Sachverständigen finden gemäß § 367 ihre Ergänzung in den einschlägigen für Zeugen erlassenen Vorschriften (Regierungsmotive, S. 281).

Den Anspruch auf eine Vergütung hat der Sachverständige daher binnen 24 Stunden nach seiner Vernehmung bei Verlust dieses Anspruches zu Protokoll oder mittels Schriftsatzes geltend zu machen (§ 346), was ihm in der Ladung bekannt zu geben ist (§ 329).

2. Verlangt der Sachverständige einen Vorschuss auf die, ihm zu leistende Vergütung, welcher Vorschuss höher sein kann, als die bloßen Auslagen, so hat der Beweisführer über unanfechtbaren (§ 349) Auftrag des Vorsitzenden, des ersuchten oder beauftragten Richters einen entsprechenden Betrag bei Gericht zu erlegen oder dem Sachverständigen einzuhändigen.

Digitized by Google

Für Parteien, die das Armenrecht genießen, sind solche Vorschüsse aus der Verlagscasse des Gerichtes vorzustrecken. Dieselben können nur von dem kostenpflichtigen Gegner (§ 70, Anm. 1) oder im Falle der Entziehung des Armenrechtes von der Partei selbst eingetrieben werden (§ 71). Auch wenn der Sachverständige einen Kostenvorschuss nicht anspricht, kann dem Beweisführer, sofern er das Armenrecht nicht genießt, und die Beweisaufnahme nicht von amtswegen angeordnet wird, der Erlag eines Kostenvorschusses aufgetragen werden. Berechtigt zu dieser nicht obligatorisch vorgeschriebenen Verfügung (§ 332, Anm. 1) ist der Vorsitzende, der ersuchte oder beauftragte Richter, ersterer auch dann, wenn die Beweisaufnahme durch einen der letzteren erfolgen soll. Wird der Vorschuss innerhalb der hiezu bestimmten Frist nicht erlegt, so kann (§ 332, Anm. 2) die Fortsetzung der Verhandlung ohne Rücksicht auf den zugelassenen Sachverständigenbeweis angeordnet werden, gegen welchen Beschluss kein Rechtsmittel zusteht (§ 349). Gegen die Bewilligung oder Verweigerung der nachträglichen Benützung des Beweises (§ 279) steht ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zu (§ 291). Der zurückgewiesene Beweis ist im Urtheilsthatbestande anzuführen (§ 417).

3. Die Bestimmung der Vergütung, sowie die wegen Auszahlung derselben erforderlichen Verfügungen obliegen nach § 347 dem mit diesem Geschäfte betrauten Beamten des Processgerichtes oder des ersuchten Gerichtes. Den Parteien muss die Einsichtnahme der Adjustierung offen stehen; ihnen und dem Sachverständigen steht das Recht zu, binnen drei Tagen nach erfolgter Bestimmung der Gebüren die Adjustierung der Gebüren durch das Gericht (Processgericht oder ersuchtes Gericht) zu begehren, welches ohne mündliche Verhandlung, jedoch nach etwa nothwendig befundener Einvernahme oder sonstigen Erhebungen entscheidet (§ 347). Abweichend von den für Zeugen geltenden Bestimmungen steht gegen diese Entscheidung der Recurs zu.

Rechtsmittel.

§ 366. Gegen den Beschluss, durch welchen die Ablehnung eines Sachverständigen verworfen oder eine schriftliche Begutachtung angeordnet wird, findet ein abgesondertes Rechtsmittel nicht statt.

Die Entscheidung über die Anzahl der zu bestellenden Sachverständigen, der Beschluss, durch welchen die Bestellung der Sachverständigen dem beauftragten Richter überlassen (§ 352) oder ein Sachverständiger wegen Ablehnung enthoben wird, die

Digitized by Google

über die Beeidigung eines Sachverständigen gefassten Beschlüsse, endlich die Beschlüsse, durch welche für die Abgabe des Gutachtens gemäß § 360 eine Tagsatzung anberaumt oder eine Frist bestimmt wird, können durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden.

Gegen die Verwerfung des Ablehnungsantrages ist ein abgesondertes Rechtsmittel, gegen die Stattgebung eines Ablehnungsantrages (§ 356) jedes Rechtsmittel ausgeschlossen. Die Anordnung der schriftlichen Begutachtung (§ 357) kann gleichfalls durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden.

Unanfechtbar sind weiter die Beschlüsse über die Anzahl der Sachverständigen (§§ 351, 352) über die Bestellung der Sachverständigen durch den ersuchten oder beauftragten Richter (§ 352), über die Beeidigung der Sachverständigen (§ 358) und über die Befristung der Abgabe des Gutachtens.

Die im Abs. 2 angeführten Beschlüsse sind durchwegs in ihrer Wirksamkeit überholt, sobald ein bestimmtes Sachverständigengutachten einmal vorliegt. Von da an ist für den Processzweck nur mehr wichtig, ob dieses Gutachten genügt und was es beweist. Welche Personen immer früher in Frage gekommen sein mögen, in dem späteren Stadium, bei Ueberprüfung des Urtheils, der Entscheidung ist nur von Belang, ob diejenigen Sachverständigen, welche dieses Gutachten abgegeben haben, befangen waren oder nicht. Das Zurückgreifen auf jene Vorfragen wäre für den Process ohne praktischen Wert.

Nun steht nicht mehr eine Vorfrage, sondern die Hauptfrage selbst: Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Sachentscheidung zur Erörterung (Regierungsmotive, S. 281).

§ 367. Soweit im Vorstehenden nichts anderes bestimmt ist, finden auf den Beweis durch Sachverständige und insbesondere auch auf deren Vernehmung und die Protokollierung des bei einer Tagsatzung abgegebenen Befundes und Gutachtens die Vorschriften über den Beweis durch Zeugen entsprechend Anwendung.

Sechster Titel: **Beweis durch Augenschein.**

§ 368. Zur Aufklärung der Sache kann das Gericht auf Antrag oder von amtswegen die Vornahme eines Augenscheines, nöthigenfalls mit Zuziehung eines oder mehrerer Sachverständigen anordnen.

Digitized by Google

Wenn der zu besichtigende Gegenstand nicht vor das erkennende Gericht gebracht werden kann, oder die Vornahme des Augenscheines vor demselben aus anderen Gründen erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde, so kann dieselbe durch einen beauftragten oder durch einen ersuchten Richter erfolgen. In diesem Falle kann dem mit der Vornahme des Augenscheines betrauten Richter die Entscheidung über die Zuziehung der Sachverständigen und die Ernennung derselben überlassen werden. Gegen diese Beschlüsse ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.

Wenn die Vornahme des Augenscheines voraussichtlich einen Kostenaufwand verursachen wird, kann der Vorsitzende oder der beauftragte oder ersuchte Richter anordnen, dass der Beweisführer einen entsprechenden Betrag zur Deckung dieses Aufwandes vorschussweise erlege (§ 332, Abs. 2).

1. Der Augenschein umfasst jede sinnliche Wahrnehmung, ist nicht auf den Gesichtssinn beschränkt. Derselbe ist anzuordnen, sofern er erforderlich ist, um undeutliche oder nicht genügend verständliche Bezeichnungen und Beschreibungen der Parteien zu verstehen oder die unter den Parteien streitigen thatsächlichen Behauptungen hinsichtlich des Augenscheinsobjectes durch eigene Wahrnehmung aufzuklären (Wilmowski, S. 574). Der gerichtliche Augenschein kann über Antrag oder von amtswegen angeordnet werden.

Nach § 183 kann auch der Vorsitzende die Vornahme eines Augenscheines anordnen, vorbehaltlich des Rechtes des Senates (§ 183, Anm. 6), die Beweisaufnahme selbst zu beschließen (§ 277). Die Freiheit des Gerichtes in Ansehung der Beiziehung von Sachverständigen beruht auf den für den Sachverständigenbeweis aufgestellten Rechtssätzen (§§ 351 ff.). Gegen die Verweigerung der beantragten Zuziehung von Sachverständigen ist ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 370). Durch die Zuziehung von Experten wird der Augenschein nicht zum Sachverständigenbeweis. Bei dem Sachverständigenbeweise ist der Richter bloß berufen, die Thätigkeit der Experten zu leiten; bei dem Augenschein hat aber der Richter selbst thätig zu sein und sind die Sachverständigen nur berufen, ihm über die außer dem Kreise seiner Einsicht liegenden Vorfragen ein Urtheil oder Gutachten abzugeben (Ullmann, S. 335).

2. Die Regel ist, dass das erkennende Gericht den Augenschein vornimmt, sei es, dass der Augenscheinsgegenstand zu Gericht gebracht wird, oder dass die Beweisaufnahme an Ort und Stelle erfolgt. Dann ist nach § 281 die Tagsatzung zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung zu bestimmen. Der Wert des gerichtlichen Augenscheines als Fest-

Digitized by Google

stellungsmittel sinkt begreiflicherweise, wenn nicht das erkennende Gericht selbst den Augenschein vornimmt. Dennoch kann solch unmittelbare Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht nicht im Gesetze anbefohlen werden: wenn das Processgericht sich in weiter Entfernung von der zu besichtigenden Oertlichkeit oder vom Augenscheinsgegenstande befindet, wenn die Uebersendung des letzteren an das Gericht nicht möglich ist, würde das Gericht durch eine solche Norm gezwungen, in manchen Fällen auf dieses Feststellungsmittel ganz zu verzichten, wo es zwar nicht volle Wirkung äußert, aber doch immer noch der Aufhellung des Sachverhaltes einigermaßen nützen könnte (Regierungsmotive, S. 282). Bei erheblichen Schwierigkeiten (§ 328, Anm. 3) ist der Augenschein durch ein Mitglied des erkennenden Gerichtes (§ 282) als beauftragten Richter oder durch das Bezirksgericht (§ 37 J. N.) als ersuchten Richter aufzunehmen; es kann aber auch eine vorbereitende Beweisaufnahme (§§ 245, 246) angeordnet werden.

Die Vornahme eines Augenscheines in Bezug auf landtäfliche oder Lehengüter oder aus dem Gemeindeverbande ausgeschiedene Gutsgebiete steht dem Kreis- oder Landesgerichte zu, in dessen Sprengel sich die Sache befindet, an welchen Gerichtshof sich daher zu wenden ist, wenn das Processgericht nicht selbst den Augenschein aufnimmt (§ 117 J. N.).

Der unanfechtbare Beschluss, dass dem ersuchten oder beauftragten Richter die Entscheidung über die Zuziehung der Sachverständigen und deren Ernennung überlassen werde (§ 352), wird in den Beweisbeschluss aufzunehmen sein.

3. Die Abforderung des Kostenvorschusses ist unstatthaft, wenn die Beweisaufnahme von amtswegen angeordnet wird oder wenn der Beweisführer das Armenrecht genießt (§ 365, Anm. 2). Wird der Vorschuss innerhalb der hierzu bestimmten Frist nicht erlegt, so kann (§ 332, Anm. 2) die Fortsetzung der Verhandlung ohne Rücksicht auf den zugelassenen Augenschein angeordnet werden, gegen welchen Beschluss kein Rechtsmittel zusteht (§ 349).

Gegen die Bewilligung oder Verweigerung der nachträglichen Benützung des Beweises (§ 279) steht ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zu (§ 291). Der zurückgewiesene Beweis ist im Urtheilsthatbestande anzuführen (§ 417). Ueber die Entlohnung der Sachverständigen gelten die allgemeinen Bestimmungen (§ 365). Die Parteien sind von der Tagsatzung rechtzeitig zu verständigen, können der Beweisaufnahme beiwohnen und ihre Einwendungen vorbringen (§ 370).

Digitized by Google

§ 369. Ist eine Sache zu besichtigen, welche sich nach den Angaben des Beweisführers in dem Besitze der Gegenpartei oder in der Verwahrung einer öffentlichen Behörde oder eines Notars befindet, so sind die Bestimmungen der §§ 301 und 303 bis 307 mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Beurtheilung, welchen Einfluss die Verweigerung der Vorzeigung und Herausgabe der Sache seitens des Gegners, die absichtliche oder doch durch den Gegner veranlasste Beseitigung oder Beschädigung der Sache oder die Verweigerung einer Aussage darüber habe, dem durch sorgfältige Würdigung aller Umstände geleiteten richterlichen Ermessen überlassen bleibt.

1. Eine Sache, die sich in der Verwahrung eines Notars oder einer öffentlichen Behörde befindet, kann über Antrag oder von amtswegen beigeschafft werden. Der Antrag kann schon in der Klage (§ 229), in der Klagebeantwortung (§ 243), in einem weiteren vorbereitenden Schriftsatze (§ 258) und im vorbereitenden Verfahren gestellt werden (§ 250). Der Vorsitzende (§ 183) und der mit dem vorbereitenden Verfahren beauftragte Richter können die Herbeischaffung solcher Augenscheinsgegenstände auch von amtswegen verfügen. Voraussetzung ist, dass sich die Partei die Sache nicht selbst zu verschaffen vermag oder deren Ausfolgung verweigert würde (§ 229). Von dem Einlangen der Sache oder von der Weigerung der Behörde, dieselbe dem Gerichte mitzutheilen, sind die Parteien zu ververständigen. Die Entscheidung über den Antrag ist unanfechtbar (§ 319).

2. Dritte Personen können nur mittels Klage zur Vorlage von Augenscheinsgegenständen verhalten werden. Der Processgegner ist zur Vorlage von körperlichen beweglichen Sachen und zur Gestattung der Besichtigung unbeweglicher Sachen nach den für die Editionspflicht von Urkunden in den §§ 304, 305 aufgestellten Grundsätzen verpflichtet. Der Processgegner selbst ist kein Augenscheinsobject, er ist nicht verpflichtet, seinen körperlichen Zustand prüfen oder seinen Körper zum Anpassen von Kleidern u. dgl. benützen zu lassen.

Sachen, auf welche er sich selbst im Processe zum Zwecke der Beweisführung berufen hat (§ 304, Anm. 1), welche er nach dem Civilrechte auszufolgen oder vorzulegen verpflichtet ist (§ 304, Anm. 2), oder welche als eine beiden Theilen gemeinschaftliche Sache zu betrachten sind (§ 304, Anm. 3), z. B. Muster, Proben u. s. w. muss der Gegner vorlegen. Andere Sachen braucht er nicht vorzulegen, wenn sie Angelegenheiten des Familienlebens betreffen, wenn er durch deren Vorlage eine Ehrenpflicht verletzen würde, wenn das Bekanntwerden derselben ihm oder

Digitized by Google

dritten Personen zur Schande gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde, wenn er durch deren Vorlage eine staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit, von der er nicht giltig entbunden wurde, oder ein Kunst- oder Geschäftsgeheimnis verletzen würde, wenn andere gleichwichtige Gründe vorhanden sind (§ 305).

3. Die Partei, welche die Vorlage eines Augenscheinsgegenstandes seitens des Gegners beantragt, hat denselben möglichst genau zu beschreiben, sowie die Thatsachen anzuführen, welche durch denselben bewiesen werden sollen. Desgleichen sind die Umstände darzulegen, welche den Besitz seitens des Gegners wahrscheinlich machen. Wird der Antrag nicht in der mündlichen Verhandlung gestellt, so hat der Entscheidung eine mündliche oder schriftliche Einvernahme des Gegners vorauszugehen (§ 303).

Leugnet der Gegner den Besitz des Gegenstandes und erachtet das Gericht die zu beweisenden Thatsachen erheblich und zugleich die Verpflichtung zur Vorlage als bestehend, so kann die Vernehmung und eidliche Abhörung des Gegners angeordnet werden (§ 307), gegen welchen Beschluss ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen ist (§ 319).

Dem Gerichte wird anheimgestellt, aus dem Verhalten der die Augenscheinsvornahme hindernden Processpartei für seine Beweiswürdigung Schlüsse zu ziehen, also mit sorgfältiger Erwägung aller Umstände zu beurtheilen, welchen Einfluss die Verweigerung der Vorzeigung und Herausgabe der Sache seitens des Gegners, die absichtliche oder doch durch den Gegner veranlasste Beseitigung oder Beschädigung der Sache, oder endlich die Verweigerung einer Aussage darüber auf die Sachverhaltsfeststellung habe (Motive, S. 282). Zwangsmaßregeln können gegen die sich weigernde Partei nicht zur Anwendung gelangen.

§ 370. Gegen Beschlüsse und Verfügungen bei der Vornahme des Augenscheines findet ein abgesondertes Rechtsmittel nicht statt. Dies gilt auch von dem Beschlusse, durch welchen ein Antrag auf Zuziehung von Sachverständigen verworfen wurde.

Das Ergebnis des Augenscheines ist in dem Verhandlungsprotokolle, wenn aber der Augenschein außerhalb der Verhandlungstagsatzung vorgenommen wird, in einem besonderen Protokolle, und zwar in der Regel unmittelbar nach der Vornahme des Augenscheines, aufzuzeichnen.

In dem Protokolle ist zu bemerken, ob die Parteien und welche derselben bei Vornahme des Augenscheines anwesend

Digitized by Google

waren, sowie ob und welche Einwendungen von ihnen bei der Vornahme des Augenscheines oder gegen das Protokoll erhoben wurden.

Der ersuchte oder beauftragte Richter wird bestrebt sein müssen, durch die ihm zur Verwendung stehenden Mittel der Darstellung und insbesondere durch eine anschauliche und genaue Beschreibung und Protokollierung dem erkennenden Gerichte ein dem Eindrucke unmittelbarer Wahrnehmung thunlichst nahekommendes Bild der zu besichtigenden Oertlichkeit oder Sache zu verschaffen.

Der Entwurf will insbesondere auf die Möglichkeit aufmerksam machen, durch Anfertigung einer Abbildung des Augenscheinsgegenstandes (eventuell im photographischen Wege) für das Entfallen der unmittelbaren Anschauung Ersatz zu bieten (Regierungsmotive, S. 282). Streitigkeiten über die Identität des Augenscheinsgegenstandes vor dem ersuchten oder beauftragten Richter hat das erkennende Gericht zu entscheiden, welchem die Acten gemäß § 285 vorzulegen sind, wenn die Beweisaufnahme von der Erledigung dieses Streites abhängig ist.

Siebenter Titel: **Beweis durch Vernehmung der Parteien.**

§ 371. Der Beweis über streitige, für die Entscheidung erhebliche Thatsachen kann auch durch die Vernehmung der Parteien geführt werden.

Diese Beweisführung kann auf Antrag oder von amtswegen, jedoch nur dann angeordnet werden, wenn der Beweis weder durch die anderen von den Parteien angebotenen Beweismittel, noch durch die etwa von amtswegen angeordneten Beweisaufnahmen hergestellt ist.

1. Die Vernehmung der Parteien geschieht als letztes Auskunftsmittel, um über Sachverhaltsmomente Gewissheit zu erlangen, welche durch keinen anderen Beweis festzustellen gelungen ist, und die demnach behufs Entscheidung des Processes festgestellt werden müssen (Regierungsmotive, S. 284). Der Beweis ist nur über Thatsachen (§ 266, Anm. 2) zulässig, welche streitig (§ 266, 267) und für die Entscheidung erheblich sind. Unerhebliche Beweise sind von dem Gerichte ausdrücklich zurückzuweisen (§ 275). Außer den für die Sachentscheidung erheblichen Thatsachen ist die Beweisführung durch Parteieneinvernahme zulässig bei Streitigkeiten über die

Digitized by Google

Editionspflicht, um festzustellen, ob die editionspflichtige Person die Urkunde, Auskunftssache oder den Augenscheinsgegenstand besitze oder doch wisse, wo sich dieselbe befinde (§§ 307, 318), in welchem Falle aber nur diese und nicht der Beweisführer einvernommen werden darf.

Ausgeschlossen ist der Beweis durch Einvernahme der Parteien bei der Glaubhaftmachung (§ 274), in Besitzstörungsstreitigkeiten (§ 457), zum Beweise des Ehehindernisses im Eheverfahren (Art. VI, E.-G.).

Der Natur dieses Beweismittels widerstrebt es, noch vor Beginn des Streites eine Sicherung des Beweises durch Einvernahme einer Person, welche erst in dem etwa anhängig zu machenden Streite beweispflichtig werden könnte, zu gestatten (Dr. Ott, Gerichtszeitung 1896, S. 445). Im vorbereitenden Verfahren kann die eidliche Vernehmung der Parteien gleichfalls nicht erfolgen (§. 249).

2. Eine Beschränkung der Zulässigkeit dieses Beweismittels auf die Darthuung eigener Handlungen ist dem Gesetze eben so fremd wie etwa ein Ausschluss desselben, wenn es sich um die Feststellung des Wissens des Gegners von einem Thatumstande handelt (Dr. Ott, S. 446). Wenn feststeht, dass einer Partei der Ersatz eines Schadens oder des Interesses gebürt, oder dass sie sonst eine Forderung zu stellen hat (§§ 273, 408), kann eine der Parteien über die für die Bestimmung des Betrages maßgebenden Umstände (nicht über die Höhe des Betrages selbst) vernommen werden.

In diesem Falle ist der Beweis durch Vernehmung der Parteien, selbst mit Uebergehung eines von der Partei angebotenen anderen Beweises, zulässig. Sonst darf dieser Beweis nur subsidiär, nur dann zugelassen werden, wenn weder die anderen von den Parteien angebotenen Beweismittel, sohin auch die angebotenen Gegenbeweise, noch die von amtswegen angeordneten Beweisaufnahmen, noch die Verhandlung selbst denselben entbehrlich erscheinen lassen. Das richterliche Fragerecht, sowie die Befugnis directer Fragestellung des Gegners im Laufe der Verhandlung (§§ 182, 184) wird häufig genügen, um dem Gerichte darüber Klarheit zu verschaffen, dass bei eindringlicher Würdigung der scheinbar auseinandergehenden Behauptungen beider Parteien über das Wesentliche des Thatbestandes kein Widerstreit herrsche oder höchstens dessen juristische Auffassung Meinungsverschiedenheiten unterliege, weshalb es einer Beweisführung überhaupt nicht benöthige. Speciell wird die Ergänzung des richterlichen Fragerechtes durch unmittelbare Fragestellung der Partei nicht selten sich äußerst wirksam zeigen (Dr. Ott, S. 445).

Digitized by Google

§ 372. Parteien, in Ansehung deren Vernehmung oder Beeidigung einer der Ausschließungsgründe der §§ 320 und 336, Abs. 1, vorliegt, dürfen nicht zum Zwecke der Beweisführung abgehört werden.

Diejenige Partei darf weder eidlich noch unbeeidet vernommen werden, die auch als Zeuge nicht vernommen oder nicht beeidet werden dürfte.

Personen, welche zur Mittheilung ihrer Wahrnehmungen unfähig sind, oder welche zur Zeit, auf welche sich ihre Aussage beziehen soll, zur Wahrnehmung der zu beweisenden Thatsache unfähig waren (§ 320, Z. 1), welche wegen falschen Zeugnisses oder falschen Eides verurtheilt worden sind, oder welche zur Zeit ihrer Abhörung das vierzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, welche wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandesschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben (§ 336), dürfen überhaupt nicht, Geistliche dürfen über das, was ihnen unter dem Siegel geistlicher Amtsverschwiegenheit anvertraut wurde, nicht einvernommen werden. Staatsbeamte sind in den Grenzen ihrer amtlichen Verschwiegenheitspflicht zur Aussage nicht zuzulassen (§ 320, Z. 2, 3; vgl. § 320, Anm. 2, § 336, Anm. 2). Die Bestimmung des § 16, Ges. v. 12. Juli 1872, Nr. 112 R.-G.-Bl., über die Ausschließung der durch das Amtsgeheimnis gebundenen Beamten vom Eide wird sohin durch § 372 ersetzt.

Durch die persönliche Unfähigkeit einer der Parteien wird der Beweis durch Parteieneinvernahme nicht ausgeschlossen. Dem richterlichen Ermessen ist es überlassen, ob in solchen Fällen die Gegenpartei allein zu vernehmen ist (§ 374).

§ 373. Wird der Rechtsstreit von dem gesetzlichen Vertreter eines Pflegebefohlenen geführt, so bleibt es dem Ermessen des Gerichtes überlassen, die Vernehmung des gesetzlichen Vertreters oder, sofern dies nach § 372 statthaft erscheint, des Pflegebefohlenen oder beider zu verfügen.

Ist eine Concursmasse Processpartei, so kann das Gericht die Vernehmung des Verwalters der Concursmasse oder des Gemeinschuldners oder beider anordnen.

In Rechtsstreitigkeiten einer offenen Handelsgesellschaft sind alle Gesellschafter, in Rechtsstreitigkeiten einer Commanditgesellschaft alle persönlich haftenden Gesellschafter und, wenn der Rechtsstreit von einer anderen Gesellschaft, einer Genossenschaft, einer Gemeinde, einem Vereine oder sonst von einem

Digitized by Google

nicht zu den physischen Personen gehörigen Rechtssubjecte geführt wird, dessen gesetzliche Vertreter in Bezug auf die Vernehmung als Partei zu behandeln.

Können hienach oder, weil auf Seiten einer Partei Streitgenossen auftreten, mehrere Personen vernommen werden, so hat das Gericht zu bestimmen, ob alle oder welche unter diesen Personen abzuhören sind.

1. Die Bestimmungen über die Parteienvernehmung gelten nur für diejenigen Personen, in deren Namen der Process von ihnen selbst oder von ihren Vertretern geführt wird (§ 41, Anm. 3); Streitgenossen, der Nebenintervenient, der mit Einwilligung der Processparteien in den Rechtsstreit eingetreten ist (§ 19), der Auctor, der nach § 23 in den Rechtsstreit eintritt, der Nebenintervenient, dem nach § 20 die Stellung eines Streitgenossen zukommt, können nur als Parteien vernommen werden.

Andere Nebenintervenienten sowie die Bevollmächtigten der Partei sind als Zeugen zu vernehmen (vgl. § 320, Anm. 1).

2. Aber nicht nur die Parteien selbst, sondern auch die gesetzlichen Vertreter (§ 4) processunfähiger Parteien sind als Parteien und nicht als Zeugen zu vernehmen. Die dem bisherigen Bagatellverfahren eigenthümliche Unterscheidung zwischen Gesammtpersönlichkeiten und Vermögensmassen wurde nicht beibehalten. Unter Pflegebefohlenen sind auch Minderjährige zu verstehen.

Vormünder und Curatoren bedürfen der gerichtlichen Genehmigung zur Beweisführung durch Vernehmung der Parteien nicht (Art. XLI, E.-G.). Bei offenen Handelsgesellschaften und Commanditgesellschaften erscheinen alle p e r s ö n l i c h haftenden Gesellschafter, auch jene, welche nicht vertretungsberechtigt sind, als Processpartei, bei anderen Gesellschaften und allen juristischen Personen der oder die gesetzlichen Vertreter derselben, welche in dem betreffenden Processe als solche fungieren. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass in Rechtsstreitigkeiten einer ruhenden Erbschaft zur Vernehmung ihrer Vertreter geschritten werden dürfe (Dr. Ott, Gerichtszeitung 1896, S. 446).

3. Mit der Bestimmung des letzten Absatzes, dass bei Anwendung dieses Beweismittels in Rechtsstreitigkeiten der genannten Personenvereinigungen oder juristischen Personen, sowie von Streitgenossen dem Gerichte die Wahl zwischen der Einvernahme aller Vertreter, beziehungsweise Streitgenossen oder bestimmter aus ihrer Mitte zukommt, ist zahlreichen

Digitized by Google

Controversen vorgebeugt, welche im gemeinrechtlichen Processe rücksichtlich einschlägiger Fragen des Eidesrechtes bestanden haben. Vorgebeugt wurde damit auch dem Versuche, die an Art. 232 H. G. B. und § 20 Gen.-Ges. anknüpfenden Streitfragen betreffs der Eidesleistung seitens des Vorstandes einer Actiengesellschaft oder Genossenschaft in den neuen Process hinüberzuziehen (Dr. Ott, S. 447).

§ 374. Das Gericht hat unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu beurtheilen, ob die Beweisführung durch Vernehmung der Parteien ganz zu entfallen habe, wenn es die Ueberzeugung gewonnen hat, dass die Partei, welcher der Beweis der streitigen Thatsache obliegt, von derselben keine Kenntnis hat, oder wenn die Abhörung dieser Partei nach den Bestimmungen des § 372 unstatthaft ist.

Findet das Gericht die durch die Parteienvernehmung sicher zu stellenden Thatsachen unerheblich oder bedarf es derselben zur Herstellung des Beweises nicht, so sind die diesbezüglich gestellten Anträge zurückzuweisen (§ 275). Die kraft Souveränität des Gerichtes zulässige Verweigerung der Aufnahme angebotener Beweise wegen erkennbarer Verschleppungstendenz (§ 275, Abs. 2) wird sich betreffs dieses Beweismittels selten bethätigen können (Dr. Ott, Gerichtszeitung 1896, S. 447).

Außerdem kann die Beweisführung durch Vernehmung der Parteien vom Gerichte abgelehnt werden, wenn die beweispflichtige Partei wegen persönlicher Hindernisse (§ 372) oder wegen der klar vorliegenden Unmöglichkeit irgend einer Kenntnis von der zu beweisenden Thatsache nicht vernommen werden kann.

Ausgeschlossen ist jedoch die Beweisführung durch diese Momente nicht. Das Gericht wird vielmehr von diesem Beweismittel durch Einvernahme des Gegners Gebrauch machen können, und zwar insbesondere dann, wenn für die zu erweisende Thatsache schon irgend welche Momente sprechen (Dr. Ott, Gerichtszeitung 1896, S. 447). Trifft der Hinderungsgrund auf Seite des Gegners der beweispflichtigen Partei zu, so kann die Beweisführung aus diesem Grunde nicht abgelehnt werden; auch dann nicht, wenn die beweispflichtige Partei nur ungenaue Kenntnis von den zu beweisenden Thatsachen hat. Das Berufungsgericht kann die von der ersten Instanz abgewiesene Parteieneinvernahme anordnen (§ 488). Gegen die Zurückweisung des Antrages in erster Instanz ist ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen.

Digitized by Google

§ 375. Die Beweisführung durch Vernehmung der Partei wird durch Beschluss angeordnet. Gegen diesen Beschluss ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig. Die Beweisführung geschieht dadurch, dass das Gericht an die zu vernehmende Partei über die Thatsachen, deren Beweis durch die Vernehmung hergestellt werden soll, die geeigneten Fragen stellt. Für diese Befragung der Partei haben die Vorschriften der §§ 340 bis 343 sinngemäß zu gelten.

Diese Befragung hat vor dem erkennenden Gerichte zu geschehen. Ist die zu vernehmende Partei nicht persönlich anwesend, so ist deren Vorladung unter Mittheilung der Thatsachen zu verfügen, über welche die Abhörung stattfinden soll. Die Beweisaufnahme durch einen ersuchten Richter ist nur zulässig, wenn dem persönlichen Erscheinen der Partei unübersteigliche Hindernisse entgegenstehen, oder dasselbe unverhältnismäßige Kosten verursachen würde.

1. Der Beweis durch Vernehmung der Parteien kann auf Antrag oder von amtswegen zugelassen werden (§ 371). Die Zulassung erfolgt mittels Beweisbeschlusses unter Bezeichnung der streitigen Thatsachen (§ 277). Der Beschluss ist mündlich zu verkünden und entweder in schriftlicher Fassung dem Protokolle beizulegen oder in das Protokoll aufzunehmen (§ 208). Eine schriftliche Ausfertigung und Zustellung des Beschlusses ist nur dann nothwendig, wenn der Parteienvertreter oder wenn auch nur die zu vernehmende Partei nicht persönlich gegenwärtig ist, oder wenn die Einvernahme durch einen ersuchten Richter erfolgen soll (§ 277).

Die Bestimmung des § 278 über die Zulassung sämmtlicher Beweise mittels eines und desselben Beweisbeschlusses ist mit Rücksicht auf die Subsidiarität dieses Beweismittels nicht anwendbar, vielmehr wird immer ein besonderer Beweisbeschluss zu erfolgen haben.

2. Die Vorladung der zu vernehmenden Partei, in der Regel beider Parteien, hat an den Processbevollmächtigten zu erfolgen (§ 93). Der Inhalt derselben unterscheidet sich von jenem einer Zeugenvorladung dadurch, dass der ganze Beweisbeschluss und nicht bloß eine kurze Bezeichnung des Gegenstandes der Vernehmung (§ 329) in die Vorladung aufzunehmen ist; dass andererseits die gesetzlichen Bestimmungen über die Zeugengebüren (§ 382) in die Vorladung nicht aufgenommen werden, und dass endlich die in der Vorladung aufzunehmenden gesetzlichen Folgen des Ausbleibens sich nach §§ 380, 381 richten.

Digitized by Google

3. Die mittelbare Beweisaufnahme ist hier noch mehr eingeschränkt als bei den anderen Beweisarten.

Sie ist nur bei unübersteiglichen Hindernissen oder bei unverhältnismäßigen (§ 328, Anm. 4) Kosten zulässig. Nach dem Wortlaute wäre die Beweisaufnahme in diesen Fällen nur durch einen ersuchten, nicht aber durch einen beauftragten Richter gestattet (v. Schuster, S. 379) und es wird daher die Partei, welche krankheitshalber oder aus anderen Gründen außerstande ist, ihre Wohnung zum Zwecke der Vernehmung zu verlassen, in der Regel vor dem erkennenden Gerichte in ihrer Wohnung zu vernehmen sein (§ 328, Anm. 4), wenn nicht die Kostenfrage die Requisition eines ersuchten Richters rechtfertigt. Dennoch sind Ausnahmsfälle möglich, in welchen wegen Raummangels, schwerer Krankheit u. dgl. diese Art der Vernehmung unmöglich ist und die Vernehmung sohin einem beauftragten Richter übertragen werden muss. Bei unverhältnismäßigen Kosten wird es der Gegenpartei freistehen, die Vorladung der zu vernehmenden Partei vor das Processgericht unter Anbietung der Bestreitung der damit verbundenen Mehrkosten zu verlangen (§ 328).

Die Einvernahme vor dem ersuchten Richter wird zunächst unbeeidet zu erfolgen haben und es wird die eventuelle beeidete Vernehmung einen neuerlichen Beschluss und ein neuerliches Ersuchschreiben erfordern.

4. Die Vernehmung der Partei beginnt mit den allgemeinen Fragen des § 340. Erforderlichenfalls sind ihr auch Fragen über die ihre Glaubwürdigkeit betreffenden Umstände vorzulegen. Sodann ist die zu vernehmende Partei aufmerksam zu machen, dass sie unter Umständen verhalten werden könne, über ihre Aussagen einen Eid abzulegen. Die Eides- und Meineidserinnerung selbst erfolgt erst vor der eidlichen Einvernahme.

Der Vorsitzende hat die Vernehmung vorzunehmen (§ 180). Außer ihm können auch die übrigen Mitglieder des Senates (§ 340) und die Gegenpartei, sowie der eigene Processbevollmächtigte (§ 289) an die zu vernehmende Partei Fragen richten. Die zu erweisenden Thatsachen sowie der Grund, auf welchem das Wissen der vernommenen Partei beruht, sollen durch die Einvernahme klargestellt werden.

Wird die Zulässigkeit einer Frage bestritten oder erachtet der Vorsitzende eine Frage als unangemessen zurückzuweisen, so entscheidet hierüber auf Antrag der Senat. Die Entscheidung steht auch dem beauftragten oder ersuchten Richter zu, sie

Digitized by Google

kann aber durch das erkennende Gericht abgeändert werden (§ 342). Ueber die Protokollierung der Aussage gelten die Bestimmungen des § 343. Die Fixierung der Aussage nach ihrem wesentlichen Inhalt, eventuell nach ihrem Wortlaute gebietet nicht bloß die Rücksicht auf die etwa später nöthig werdende eidliche Bekräftigung, sondern auch die Bedachtnahme auf die Bedürfnisse des Strafverfahrens (Dr. Ott, S. 448).

§ 376 Die Parteien sind zuerst ohne Beeidigung zu befragen; der unbeeideten Vernehmung kann die Abhörung unter Eid folgen.

Bei der unbeeideten Vernehmung sind, wenn beide Parteien erschienen sind, in der Regel beide über die zu beweisenden Thatsachen zu befragen. Vor der unbeeideten Vernehmung hat das Gericht die Parteien aufmerksam zu machen, dass sie unter Umständen verhalten werden können, über ihre Aussagen einen Eid abzulegen.

Der eidlichen Vernehmung soll immer eine Befragung ohne Eid und ohne Straffolgen vorausgehen, die der Partei die volle Gewissensfreiheit lässt und ihr erlaubt, unter ihrem Eide später noch die Wahrheit zu sprechen und bei der ersten Vernehmung etwa unterlaufene Unrichtigkeiten unbefangen zu corrigieren (Motive des Herrenhauses, S. 12). Diesem ersten Stadium der Vernehmung darf eine Meineidserinnerung nicht vorangehen; die im zweiten Absatze vorgeschriebene Erinnerung ist zu protokollieren (§ 451).

Der unbeeidigten Aussage unterzieht das Gericht nach seinem Ermessen eine oder beide Parteien. Vorgeschrieben ist die Einvernahme bloß einer Partei bei der Abhörung über den Editionsantrag (§ 307) und im Falle der Zulassung dieses Beweises trotz der Unmöglichkeit der Einvernahme beider Parteien (§ 374). Es wird, wenn nicht besondere Umstände entgegenstehen, mit der Befragung der beweispflichtigen Partei begonnen werden können, aber absolut nothwendig ist diese Reihenfolge nicht (Regierungsmotive, S. 284). Ist eine der Parteien zur Vernehmungstagsatzung nicht erschienen oder verweigert sie die Aussage, so wird dadurch die Vernehmung des anwesenden Gegners nicht gehindert (§ 380). Dieses erste Stadium der Beweisaufnahme bietet dem Richter, da er beide Parteien zu befragen in der Lage ist, die Gelegenheit zu einer weitreichenden Information in der Sache, so dass angenommen werden kann, dass in vielen Fällen schon die bloße nichtbeeidete Vernehmung der Partei den Beweis zu vervollständigen oder ganz festzustellen imstande sein wird (Motive des Ausschusses S. 40).

Digitized by Google

§ 377. Wenn das Ergebnis der unbeeideten Befragung nicht ausreicht, um das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu beweisenden Thatsachen zu überzeugen, so kann das Gericht die eidliche Vernehmung anordnen.

Die eidliche Aussage kann über dieselbe Thatsache nur einer der beiden Parteien aufgetragen werden. Hiebei kann das Gericht aus der unbeeideten Aussage dieser Partei einzelne Behauptungen hervorheben, welche die Partei nunmehr unter Eid zu wiederholen hat; desgleichen kann das Gericht bei Anordnung der eidlichen Vernehmung die Fassung bestimmen, in welcher die eidliche Aussage über einzelne Umstände zu erfolgen habe. Gegen diese Beschlüsse ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

Die von einer Partei unter Eid abgelegte Aussage unterliegt, wenn sie falsch ist, der gleichen strafrechtlichen Beurtheilung wie ein vor Gericht abgelegter falscher Eid. Die Partei ist vor ihrer eidlichen Abhörung an die Pflicht zur Angabe der Wahrheit, an die Heiligkeit und Bedeutung des Eides, sowie an die strafrechtlichen Folgen eines falschen Eides zu erinnern. Die erfolgte Eideserinneruug ist im Protokolle festzustellen.

1. Das zweite Stadium der Beweisaufnahme ist die eidliche Vernehmung einer der bereits unbeeidet vernommenen Parteien. Offenbar wird sich diese Nothwendigkeit stets ergeben, wenn beide uneidlich einvernommenen Parteien von einander abweichende Aussagen über entscheidende Punkte abgegeben haben, gleichwohl aber nach dem übrigen Ergebnisse der Verhandlung eine hievon als die glaubwürdigere erscheint. Diese Maßnahme kann aber auch dann ergriffen werden, wenn die aus der uneidlichen Abhörung bloß einer Partei fließenden Beweismomente ihre wünschenswerte Verstärkung finden sollen (Dr. Ott, S. 448).

2. Die Beschlussfassung über die eidliche Vernehmung einer Partei steht dem Senate (Einzelrichter) zu. Hat die unbeeidete Einvernahme vor einem ersuchten oder beauftragten Richter stattgefunden, so ist der neuerliche Beweisbeschluss über die beeidete Einvernahme gleichfalls dem erkennenden Gerichte vorbehalten. Dem Gerichte wird eine Verpflichtung zur Benützung dieses letzten Behelfes der Wahrheitsermittlung nicht auferlegt, sondern dessen Verwendung nur gestattet; gewiss mit gutem Grunde, weil sich in einzelnen Fällen die Unglaubwürdigkeit der von beiden Parteien uneidlich abgegebenen Aussagen aus den von ihnen mitgetheilten angeblichen Nebenumständen des Vorfalles klar ergeben kann (Dr. Ott, S. 448).

Digitized by Google

Es darf immer nur eine der beiden Parteien eidlich einvernommen werden, soweit es sich um dieselbe Thatsache handelt, so dass die eidliche Einvernahme beider Parteien in einem Processe nur dann zulässig ist, wenn jede Partei über andere Thatsachen eidlich gehört werden soll. Die Vorschrift gilt selbst für die Berufungsinstanz (§ 489), welche die eidliche Vernehmung der Gegenpartei über eine Thatsache nicht verfügen darf, sofern über dieselbe Thatsache in erster Instanz bereits die eidliche Vernehmung der anderen Partei stattgefunden hat. Doch wird hiedurch das Berufungsgericht in der freien Würdigung der Beweiskraft der betreffenden eidlichen Aussage in keiner Weise beschränkt.

3. Der Beschluss hat die Partei zu bezeichnen, welche eidlich abgehört werden soll und die Thatsachen zu bestimmen, über welche deren Einvernahme zu erfolgen hat. Nichts wird entgegenstehen, dass das Gericht für diese eigentliche eidliche Aussage den Inhalt der abzugebenden Erklärung auf Grund der vorgängigen Vernehmungen etwas fester bestimmt, oder wenn es sich um einzelne Thatsachen handelt, sogar die unter Eid abzulegende Aussage genauer formuliert. Auf diese Art können dem Institute der Parteiabhörung wenigstens in einzelnen Fällen gewisse Vortheile des normierten Eides gesichert werden (Regierungsmotive, S. 284).

4. Die Eides- und Meineidserinnerung hat nach den Vorschriften des Gesetzes vom 3. Mai 1868, Nr. 33 R.-G.-Bl., in einer dem Bildungsgrade und der Fassungskraft des Schwurpflichtigen angemessenen Weise zu erfolgen (§ 337, Anm. 2). Der Eid ist unbedingt vor der neuerlichen Einvernahme abzulegen, eine Verschiebung der Beeidigung bis nach der Einvernahme (§ 337) ist unzulässig und die Belehrung der Partei über das Recht der Verweigerung der Aussage (§ 339) entfällt sowohl bei der unbeeideten als auch bei der beeideten Vernehmung. Bei der neuerlichen Vernehmung einer bereits unter Eid vernommenen Partei vor dem Berufungssenate entfällt die neuerliche Beeidigung (§ 489), welche auch bei einer neuerlichen Vernehmung in erster Instanz erlassen werden kann (§ 344).

Ein Verzicht der Gegenpartei auf die Beeidigung (§ 336) ist für das Gericht nicht bindend. Die Beeidigung selbst erfolgt nach den allgemeinen bei § 337 angeführten Vorschriften. Nur wo es sich um eine normierte Aussage handelt, wird statt der Formel des Zeugeneides die im § 1 Ges. v. 3 Mai 1868, Nr. 33 R.-G.-Bl. für Parteieneide (§ 205) bestimmte Formel anzuwenden sein.

5. Nur die unter Eid abgelegte Parteienaussage unterliegt der strafrechtlichen Sanction. Weder die bei einer unbeeideten

Digitized by Google

Parteienvernehmung abgelegte falsche Aussage, noch auch die Anbietung einer Partei zu einer falschen eidlichen Aussage (§ 383) kann auf Grund der Bestimmungen des § 199 a. St. G. strafrechtlich verfolgt werden.

§ 378. Das Gericht hat nach sorgfältiger Erwägung aller Umstände zu beschließen, welche bereits unbeeidet befragte Partei über die streitige Thatsache unter Eid zu vernehmen ist.

Ausgehend von der Erwägung, dass die beweispflichtige Partei über die beweisbedürftigen Thatsachen vermuthlich besser informiert sein wird, räumte die Regierungsvorlage ihr den Vortritt bei der Zulassung zur eidlichen Wiederholung der Aussage ein. Ausnahmen von dieser Regel waren zulässig, wenn es nach den Ergebnissen der unbeeideten Befragung zur Ermittlung der Wahrheit förderlicher erscheint, die eidliche Aussage der Gegenpartei anzuordnen, d. h. wenn es sich zeigte, dass eben diese in der Sache genauer unterrichtet war und die oben berührte Vermuthung widerlegt wurde, ferner, wenn sich die beweispflichtige Partei der ursprünglichen uneidlichen Beantwortung an sie gestellter Fragen überhaupt oder rücksichtlich einzelner entzog, somit wahrheitsgemäße Auskunft beim Gegner gesucht werden musste (Dr. Ott, S. 449), endlich wenn das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, dass die beweispflichtige Partei von den Umständen, über welche die Aussage stattfinden soll, keine Kenntnis hat. Die gemeinsame Conferenz hat diese Vorschriften beseitigt und es dem concreten Ermessen des Gerichtes überlassen, welche von den beiden bereits unbeeidet vernommenen Parteien unter Eid abzuhören ist. Das Gericht hiebei an die Regeln über die Vertheilung der Beweislast zu binden, hat schon das Eine gegen sich, dass die Frage, wen die Beweislast treffe, ebenso schwierig als controvers ist. Auch ist die Auffassung des Eides als Last nicht überall zutreffend; die Möglichkeit, sich das angesprochene Recht ohne alle anderen Beweise nur durch seinen Eid zu sichern, kann von Personen, die nicht gewissenhaft sind, geradezu als Vortheil empfunden werden. Nach der in der Regierungsvorlage und in den Anträgen des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses aufgestellten Regel kommt es schließlich bei der Auswahl der Person auf die nämlichen Umstände an, welche das Gericht nach der Fassung des § 378 bei seiner Entscheidung leiten werden (Motive des Herrenhauses, S. 12).

Festzuhalten ist, dass auf die Parteieinvernahme erkannt werden kann, aber nicht muss. Es wäre daher verfehlt, wenn man im Anschluss an die nach der Gerichtsordnung geltende Eidestheorie den Delaten ohne besondere Gründe zur eidlichen

Digitized by Google

Aussage zulassen würde. Durch den Vortritt des Delaten bei der Eidesleistung hat das gemeine Recht nicht einen Vorrang bei der **Beweisführung**, vielmehr nur die Möglichkeit der **Beweisvereitlung** gewahrt (Dr. Ott, S. 441). Bei der eidlichen Parteienvernehmung mangelt der Grund hiezu, das Vertrauen der einen Partei zur andern, welches bei der Eideszuschiebung als entscheidend betrachtet werden musste. Ein rationell gestaltetes Beweisrecht kann derartigen Parteidispositionen keinen Raum gönnen, vielmehr bei Abgang oder Versagen anderer Beweismittel nur wahrheitsgemäße Aussagen der von der Sache besser unterrichteten Partei als eine genügende Grundlage der richterlichen Ueberzeugung anerkennen (Dr. Ott, S. 449). Die gegentheilige Ansicht Dr. Rietschs (zur Kritik und Anwendung des § 378, Prachatitz, 1896) und Dr. Pettenkofers in der Gerichtszeitung 1897, Nr. 3 ff. verkennt den Unterschied zwischen dem Haupteide nach der alten Gerichtsordnung und der eidlichen Parteieinvernahme. Wenn das Gericht wegen der größeren Glaubwürdigkeit einer der Parteien oder wegen des Vorliegens unterstützender Momente die eidliche Aussage einer der Parteien zur Herstellung des Beweises für genügend hält, wird es auf deren Einvernahme erkennen, ohne Rücksicht auf die Beweislast; wenn ihm aber die eidliche Aussage der Partei mangels genügender Glaubwürdigkeit zur Herstellung des Beweises nicht genügend erscheint, wird es ohne Zulassung dieses Beweismittels zum Nachtheile der beweispflichtigen Partei entscheiden. Gerade diese Befugnis des Gerichtes, welche allerdings große Gewissenhaftigkeit voraussetzt, wird die Hintanhaltung vieler Verurtheilungen wegen falschen Eides zur Folge haben.

§ 379. Das Gericht kann die Verhandlung zum Zwecke der eidlichen Befragung einer Partei vertagen, wenn es angemessen erscheint, der zu vernehmenden Partei eine Ueberlegungsfrist zu gewähren.

Von Wichtigkeit hielt der Ausschuss auch den Umstand, dass möglicherweise eine Partei dadurch in Nachtheil käme, dass ihr keine Ueberlegungsfrist vor der eidlichen Vernehmung eingeräumt ist. Die Anwendung des Beweismittels der Vernehmung der Partei heischt von Seite des Richters große Vorsicht, eine Würdigung aller Umstände und insbesondere eine objective Beurtheilung der Glaubwürdigkeit der Parteien. Diese selbst kann bei Beantwortung der an sie gestellten Fragen gerade, wenn sie sehr gewissenhaft ist, in einer schwierigen Lage sein, sie kann auch in dem ersten Stadium der nicht beeideten Vernehmung, besonders wenn sich dieselbe etwas

Digitized by Google

lebhafter gestaltet hat, in ihren Aeußerungen vielleicht weiter gegangen sein, als sie unter Eid stricte wiederholen kann. Diesen Erwägungen entspricht der § 379 (Motive des Ausschusses, S. 40).

Die Vertagung kann über Antrag oder von amtswegen erfolgen und kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden, wenn sie die Dauer von vier Wochen nicht überschreitet (§ 141). Tag und Stunde der neuerlichen Tagsatzung werden sofort mündlich bekanntzugeben sein (§ 137). Eine Ladung der zur eidlichen Vernehmung zugelassenen Partei (§ 375) dürfte entfallen, da sie bei Verkündigung des Beschlusses anwesend ist.

§ 380. Die Bestimmungen über den Beweis durch Zeugen finden auch auf die Vernehmung der Parteien zum Zwecke der Beweisführung Anwendung, soweit in diesem Abschnitte nicht abweichende Anordnungen enthalten sind. Durch den im § 321, Z. 2, bezeichneten Grund wird jedoch die Verweigerung der Aussage von Seite einer abzuhörenden Partei nicht gerechtfertigt.

Durch das Nichterscheinen einer der Parteien bei der zur Vernehmung nach § 375 angeordneten Tagsatzung oder durch die Verweigerung der Aussage seitens einer der erschienenen Parteien wird die Vernehmung des anwesenden Gegners nicht gehindert.

Die Anwendung von Zwangsmaßregeln, um eine Partei, die zum Zwecke der Beweisführung ohne Beeidigung oder beeidet befragt werden soll, zum Erscheinen vor Gericht oder zur Aussage zu verhalten, ist unstatthaft.

Da gegen eine Partei ein Zwang zur Aussage oder zur eidlichen Erklärung nicht ausgeübt werden kann, so entfällt bei Ungehorsam derselben (Nichterscheinen, Aussageverweigerung u. s. w.) für das Gericht jeder Anlass, über die Zulässigkeit der Weigerung Beschluss zu fassen. Es kann jedoch dem Gerichte auch nicht verwehrt werden, bei der Beweiswürdigung aus einer solchen Weigerung die durch die Verhältnisse gerechtfertigten Schlüsse zu ziehen (Regierungsmotive, S. 284). Die Bestimmungen des § 324 betreffs der Entscheidung und Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der Weigerung, des § 325 über Zwangsmittel, des § 326 über die Ersatzpflicht und Straffälligkeit, der §§ 333, 334, 335 über die Folgen des Ausbleibens sind sohin auf die Parteienvernehmung nicht anwendbar.

Bleibt die zu vernehmende Partei, wenn sie ordnungsmäßig geladen ist, von der Vernehmungstagsatzung aus oder verweigert die erschienene Partei die Aussage, so kann nicht

Digitized by Google

bloß zur Vernehmung des allein erschienenen Gegners geschritten, sondern es kann wohl auch die bisher noch nicht beschlossene eidliche Vernehmung des Gegners beschlossen und durchgeführt werden.

Ist das Ausbleiben der zu vernehmenden Partei genügend entschuldigt, so kann die Erstreckung der Tagsatzung bewilligt werden, sonst erscheint die Partei mit dem Beweise präcludiert (§ 144). Das Ausbleiben beider Parteien hat Ruhen des Verfahrens zur Folge (§ 170), wenn die Tagsatzung gleichzeitig zur Fortsetzung der Verhandlung angeordnet war und statt der Parteien nicht deren Bevollmächtigte erscheinen.

§ 381. Welchen Einfluss es auf die Herstellung des Beweises habe, wenn die Partei ohne genügende Gründe die Aussage oder die Beantwortung einzelner Fragen ablehnt, wenn die zum Zwecke der unbeeidcten oder beeideten Vernehmung geladene Partei nicht erscheint, oder wenn die eidliche Aussage einer Partei von den bei ihrer vorausgegangenen unbeeidigten Vernehmung abgegebenen Erklärungen in erheblichen Punkten abweicht, hat das Gericht unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu beurtheilen.

1. Sowohl die unbeeidete als die beeidete Aussage der Partei ist vom Gerichte nach freier Ueberzeugung zu würdigen. Welchen Einfluss dabei die für die Aussageverweigerung angeführten Gründe auf die Bildung der richterlichen Ueberzeugung ausüben sollen, lässt sich nicht gesetzlich feststellen. Mit den Gründen verglichen, welche einen Zeugen zu Verweigerung der Aussage berechtigen, kann weder behauptet werden, dass eine Partei sich auf andere als die für Zeugen geltenden Gründe ohne Nachtheil nicht berufen könne, noch dass die Berufung auf jene Gründe die Partei stets vor nachtheiligen Folgerungen schütze. Mit Sicherheit lässt sich nur das eine aussprechen, dass die Hinweisung auf einen zu besorgenden vermögensrechtlichen Nachtheil nicht imstande ist, die von einer Partei erklärte Ablehnung der Aussage zu rechtfertigen (§ 380). Alles übrige muss der gewissenhaften Beurtheilung des Gerichtes überlassen bleiben (Regierungsmotive, S. 284). Selbstverständlich muss zur Vermeidung einer Collision mächtiger Interessen und ethischer Pflichten eine derartige Weigerung für gerechtfertigt erkannt werden, wenn die Leistung der Aussage die Partei selbst oder ihre nahen Angehörigen der Schande oder strafgerichtlichen Verfolgung aussetzen würde (§ 321, Z. 1).

2. Die Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses im kirchlichen und staatlichen Bereiche bildet einen von amtswegen

Digitized by Google

zu beachtenden Ausschließungsgrund der Parteieneinvernahme (§ 372), wogegen die Wahrung einer staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht (§ 321, Z. 3, 4) nur einen nach richterlichem Ermessen zu würdigenden Ablehnungsgrund bildet.

Desgleichen soll einem Drucke auf den Gegner zur Offenbarung eines von diesem ausgeübten Kunst- oder Geschäftsgeheimnisses durch Missbrauch der Parteienvernehmung kein Vorschub geleistet werden (Dr. Ott, S. 448). Das Berufungsgericht kann die eidliche Vernehmung einer Partei, welche in erster Instanz die Vernehmung oder die eidliche Aussage verweigert hat, nur dann anordnen, wenn es die seither weggefallenen Gründe der Verweigerung gerechtfertigt findet (§ 489).

3. Verschiedenheiten oder Widersprüche zwischen den Aussagen beider Parteien, Divergenzen zwischen der beeideten und unbeeideten Aussage einer Partei werden unter sorgfältiger Erwägung aller Umstände zu würdigen sein, eventuell zur strafgerichtlichen Anzeige (§ 84 St. P. O.) und zur Unterbrechung des Rechtsstreites bis zur Erledigung des Strafverfahrens (§ 191) führen.

§ 382. Parteien, welche zum Zwecke der Beweisführung unbeeidet oder beeidet vernommen werden, können unbeschadet des Rechtes auf Ersatz der Processkosten einen Anspruch auf Vergütung im Sinne des § 346 nicht erheben.

Die Vorschriften der §§ 372 bis 381 gelten sinngemäß auch für die wegen Vorlage einer Beweisurkunde, einer Auskunftssache oder eines Augenscheinsgegenstandes angeordnete Vernehmung und eidliche Abhörung einer Partei.

1. Einen Anspruch auf Zeugengebüren hat die einvernommene Partei nicht. Sie kann sie auch dann nicht ansprechen, wenn sie als Streitgenosse über Antrag eines anderen Streitgenossen oder als gesetzlicher Vertreter der Partei vernommen wird. Den ihr nach § 42 für Zeitversäumnis und Reiseauslagen zustehenden Ersatzanspruch kann sie nur als einen Theil der Processkosten geltend machen und es hängt deren Zuspruch nach den allgemeinen Regeln von dem Obsiegen in der Hauptsache ab.

Ohne Rücksicht auf den Ausgang des Processes und ohne Verpflichtung zum Rückersatz kann die vernommene Partei den Mehrbetrag an Zeitversäumnis und Reiseauslagen ansprechen, wenn die Gegenpartei auf Grund des § 328 die Vernehmung derselben trotz des unverhältnismäßig höheren Kostenaufwandes vor dem erkennenden Gerichte durchgesetzt hat.

Digitized by Google

2. In den Fällen der §§ 307, 318, 369 kann nur die Vernehmung des Gegners der die Edition der Urkunde oder des Augenscheinsgegenstandes beantragenden Partei beschlossen werden. Die Einvernahme dieser Partei selbst als Beweismittel ist ausgeschlossen.

§ 383. Wenn eine Partei eine Erklärung abgegeben hat, in welcher sie sich erbietet, die zu beweisenden Umstände im Processe eidlich zu bestätigen, die eidliche Abhörung dieser Partei jedoch wegen ihres früheren Todes nicht stattfinden kann, so hat das Gericht die Erklärung nach § 272 zu würdigen.

Die Bestimmungen über die Sicherung der Beweise sind auf die Abhörung der Parteien unanwendbar. In keiner Weise ist man aber gehindert, die Erklärungen, welche eine Partei unter Anbietung zum Eide noch vor ihrem Tode abgegeben hat, und die Umstände, unter denen dies geschah, bei weiterem Fortgange des Processes im Beweisverfahren verwerten zu lassen (Regierungsmotive, S. 285). Bei der Redaction der aufzunehmenden Bestimmung fasste man zunächst diejenigen Fälle ins Auge, in welchen die bestehende Gesetzgebung es ermöglicht, dass eine Partei sich die Sicherheit verschaffe, dass ein von derselben zu leistender Eid, falls sie an der Eidesleistung durch den Tod gehindert wird, als abgelegt fingiert werden müsse (Motive des Entwurfes v. J. 1881, S. 106).

Eine bestimmte Form der Erklärung ist nicht vorgeschrieben.

Dieselbe kann in den Schriftsätzen, bei der mündlichen Verhandlung (§ 208) zu Protokoll, mittels besonderer Erklärung, bei Aufnahme der species facti (H. D. v. 5. März 1795, Nr. 222 J. G. S.) oder mündlich erfolgen und muss erforderlichen Falls auf die gewöhnliche Weise bewiesen werden.

Unbeschadet der Benützung einer solchen Erklärung wird die (selbst eidliche) Einvernahme der Gegenpartei sowie die Einvernahme der Rechtsnachfolger des Verstorbenen zulässig sein.

Achter Titel: **Sicherung von Beweisen**

§ 384. Die Vornahme eines Augenscheines oder die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen kann zur Sicherung einer Beweisführung in jeder Lage des Rechtsstreites und selbst noch vor Beginn desselben beantragt werden, wenn zu besorgen

Digitized by Google

ist, dass das Beweismittel sonst verloren oder die Benützung desselben erschwert werde.

Diese Beweisaufnahmen können auch, ohne dass letztere Voraussetzungen vorliegen, beantragt werden, wenn Mängel einer Sache oder eines Werkes festzustellen sind, wegen deren der Gegner Gewähr leisten soll. Hat der Erwerber einer Sache dem Veräußerer einen Mangel angezeigt oder die Annahme der Sache wegen Mangelhaftigkeit abgelehnt, so kann auch der Veräußerer solche Beweisaufnahmen beantragen. In gleicher Weise ist der Unternehmer eines Werkes zu dem Antrage berechtigt, wenn der Besteller ihm einen Mangel angezeigt oder die Annahme des Werkes wegen Mangelhaftigkeit verweigert hat.

Der Antrag ist bei dem Proces gerichte, in dringenden Fällen aber, sowie wenn ein Rechtsstreit noch nicht anhängig ist, bei dem Bezirksgerichte anzubringen, in dessen Sprengel die Sachen, welche in Augenschein zu nehmen sind oder die Grundlage des Sachverständigenbeweises zu bilden haben, oder die zu vernehmenden Personen sich befinden. Der Antrag kann zu gerichtlichem Protokoll angebracht werden.

1. Die Sicherung des Beweises ist ein provisorisches Schutzmittel gegen die Gefährdung eines subjectiven Privatrechtes mit Rücksicht auf die zur Durchsetzung desselben im Wege des Civilprocesses erforderlichen Beweismittel (Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 34, 366). Sie betrifft Beweisaufnahmen, welche außerhalb des normalen Processverlaufes stattfinden, um der Gefahr des Verlustes eines Beweismittels vorzubeugen, sich für den Process dessen Benützung zu sichern oder zu erleichtern (Regierungsmotive, S. 285).

Die Sicherung von Beweisen ist nur zulässig beim Beweise durch Zeugen, durch Sachverständige oder durch gerichtlichen Augenschein.

Ausgeschlossen ist die Beweisaufnahme bei dem Beweise durch Einvernahme der Parteien und beim Urkundenbeweise, für welch letzteren der § 317 besondere Bestimmungen trifft. Auch kann die Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen sowie die Einnahme eines Augenscheines über die Echtheit einer Urkunde oder andere eine Urkunde betreffenden Thatsachen erfolgen, wenn der Verlust oder die Benutzungserschwerung für jene Beweismittel (nicht für die Urkunde) zu besorgen ist (Wilmowski, S. 709).

2. Unberührt bleiben daneben die Bestimmungen der Art. 348, 365 und 407 H. G. B., in welchen Fällen die Gefahr eines Verlustes oder der Benutzungserschwerung des Beweis-

Digitized by Google

mittels nicht erforderlich ist. Die diesen Einrichtungen des Handelsrechtes sich nähernde erleichterte Feststellung von Mängeln einer gekauften oder bestellten Sache (Motive des Herrenhauses, S. 7) betrifft die Fälle der Gewährleistung für Schäden (§§ 922 ff., 1153, 1157 a. b. G. B.).

3. Die Sicherung von Beweisen findet über Antrag statt. Außerdem kann der Vorsitzende nach § 183 von amtswegen die Vornahme eines Augenscheines und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen, sowie Personen als Zeugen laden. Endlich kann im vorbereitenden Verfahren (§ 250) der mit der Durchführung desselben beauftragte Richter zur Sicherung des Beweises die Aufnahme von Beweisen durchführen.

Der Antrag kann vor Beginn des Rechtsstreites und bis zur Beendigung desselben, also auch noch im Rechtsmittelverfahren zur Sicherung von in erster Instanz nicht zugelassenen Beweisen angebracht werden und ist vom Anwaltszwange befreit.

Ist der Rechtsstreit bereits anhängig, so ist das Processgericht (erster Instanz) und nur ausnahmsweise bei besonderer Dringlichkeit das Bezirksgericht zuständig, in dessen Sprengel der Beweis nach der örtlichen Lage der Sache oder Person aufzunehmen ist. Wenn der Rechtsstreit noch nicht anhängig ist, muss immer dieses Bezirksgericht um die Beweisaufnahme angegangen werden, selbst wenn es sich um einen Augenschein- oder Sachverständigenbefund in Bezug auf landtäfliche oder Lehengüter oder aus dem Gemeindeverbande ausgeschiedene Gutsgebiete (§ 117 J. N.) handelt.

Diese Bestimmungen gelten auch für die nach Art. 348, 365 und 407 H. G. B. beantragten Beweisaufnahmen, auf welche auch betreffs der Ernennung, Beeidigung und Vernehmung der Sachverständigen die Vorschriften dieses Titels Anwendung finden (Art. XLIV, E.-G.). Es können sohin, wenn die zu vernehmenden Zeugen in mehreren Gerichtsbezirken wohnen, auch mehrere Bezirksgerichte zuständig sein.

§ 385. Die antragstellende Partei hat die Thatsachen, über welche die Beweisaufnahme erfolgen soll, sowie die Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und der allenfalls vorgeschlagenen Sachverständigen anzugeben. Die Gründe, welche die Besorgnis rechtfertigen, dass das Beweismittel verloren oder dessen Benützung erschwert werden würde, sind von der antragstellenden Partei darzulegen.

Die antragstellende Partei hat ferner den Gegner zu benennen. Hievon kann nur dann abgesehen werden, wenn sich

Digitized by Google

aus den von der Partei dargelegten Umständen ergibt, dass sie nach Lage der Sache außerstande ist, den Gegner zu bezeichnen.

Der Antrag muss die im § 385 vorgeschriebenen Angaben enthalten, sonst ist er zur Verbesserung zurückzustellen.

Das Beweisthema ist möglichst genau anzugeben, die Zeugen sind nach Vor- und Zuname unter genauer Angabe der Adresse zu benennen.

Sachverständige müssen nicht vorgeschlagen werden und es ist das Gericht an die vorgeschlagenen Personen nicht gebunden (§ 351). Da es nicht dem Belieben der Parteien anheimgegeben werden kann, die Thätigkeit der Gerichte zu Beweisaufnahmen in Anspruch zu nehmen, so wurde die Verpflichtung zu einer entsprechenden Begründung des Beweisaufnahmegesuches dem Antragsteller auch dann nicht erlassen, wenn beide Parteien mit der Aufnahme des Beweises einverstanden sind.

Die bloße Begründung genügt fürs erste. Eine Glaubhaftmachung soll erst stattfinden, soweit das Gericht eine solche für nothwendig erachtet (Regierungsmotive, S. 286).

Die Angabe der die Beweisaufnahme rechtfertigenden Gründe entfällt bei den nach § 384, Abs. 2 zulässigen Beweisanträgen.

Die Erheblichkeit der unter Beweis gestellten Thatsachen braucht weder begründet zu werden, noch darf sich das Gericht in eine Prüfung der Erheblichkeit einlassen. Ueber die Erheblichkeit ist erst bei Erlass des Urtheiles zu entscheiden.

Die Kostenpflicht des Antragstellers (§ 388) wird zwecklosen Beweisanträgen vorbeugen.

Die Benennung des Gegners hat derart zu erfolgen, dass eine Ladung desselben möglich ist. Wird ein unrichtiger Gegner bezeichnet, so ist dies bei der Entscheidung zu würdigen (§ 389). Ein Beweis darüber, dass der Gegner nicht angegeben werden kann, ist nicht vorgeschrieben, es muss sich dies nur aus den behaupteten Thatsachen ergeben.

§ 386. Ueber den Antrag ist ohne vorhergehende mündliche Verhandlung durch Beschluss zu entscheiden. Vor der Entscheidung ist jedoch, sofern nicht Gefahr am Verzuge ist, der Gegner zu vernehmen, falls derselbe bekannt und seine Zustimmung nicht bereits nachgewiesen ist. Der antragstellenden Partei kann vor der Entscheidung aufgetragen werden, die Umstände glaubhaft zu machen, welche die Sicherung des Beweises nothwendig machen.

Digitized by Google

Zur Entscheidung ist bei Gerichtshöfen in dringenden Fällen der Vorsteher des Gerichtshofes oder der Vorsitzende des Senates berufen, welchem die Rechtssache zugewiesen ist.

In dem dem Antrage stattgebenden Beschlusse hat das Gericht die Thatsachen, über welche die Beweisaufnahme erfolgen soll, sowie die Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und unter Bestellung der Sachverständigen zu bezeichnen. Zugleich sind die zum Vollzuge der Beweisaufnahme nöthigen Anordnungen zu treffen. Für den unbekannten Gegner kann das Gericht zur Wahrnehmung seiner Rechte bei der Beweisaufnahme einen Curator bestellen.

Der Beschluss, welcher dem Antrage stattgibt, kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden.

1. Es scheint kein Bedürfnis vorzuliegen, über das Gesuch eine contradictorische Verhandlung einzuleiten, zumal dies ohnehin unterbleiben müsste, wenn der Gegner der einschreitenden Partei nicht bekannt ist. Für die Information des Gerichtes wird hinreichend gesorgt, wenn der bekannte Gegner in der dem Gerichte geeignet scheinenden Weise vernommen und die antragstellende Partei verhalten wird, die Umstände zu bescheinigen, welche die Sicherung des Beweises nothwendig machen (Regierungsmotive, S. 286). Die Einvernahme des Gegners kann mündlich oder schriftlich erfolgen (§ 74). Wird der Antrag in der mündlichen Verhandlung gestellt, so wird die Einvernahme in der mündlichen Verhandlung stattfinden können. Dieselbe wird sich auf die Beweisbedürftigkeit des Beweisthemas (§ 266), auf die Nothwendigkeit der Sicherung des Beweises, auf die Zulässigkeit der Vernehmung (§ 320) oder Beeidigung (§ 336) der Zeugen, auf die Ablehnung der vorgeschlagenen Sachverständigen zu beschränken haben. Dem Gegner des Beweisführers wird es nicht verwehrt sein, eine Ergänzung des Beweisthemas zu beantragen.

Den Gegner vor der Bewilligung zu hören, hat vielleicht die Consequenz, dass etliche Beweisbegehren mehr als sonst verworfen werden; aber die wirklich zugelassenen Beweisführungen erhalten durch die Betheiligung des Gegners für den eigentlichen Process eine viel größere Bedeutung, als wenn sie in dessen Abwesenheit gestattet oder vorgenommen worden wären.

Selbstverständlich muss von solcher Theilnahme abgegesehen werden, wenn der Gegner nach Lage der Sache einstweilen noch unbekannt ist (§ 385, Abs. 2), oder wenn die Verpflichtung, ihn beizuziehen, wegen obwaltender Gefahr im Verzuge den Zweck der vorläufigen Beweisführung vereiteln

Digitized by Google

oder erheblich bedrohen würde (§§ 386, Abs. 1, 387, Abs. 2) (Regierungsmotive, S. 285). Auch dann entfällt die Einvernahme, wenn die Zustimmung des Gegners durch einen besonderen Schriftsatz, durch Mitfertigung des Gesuches oder sonst urkundlich nachgewiesen ist.

2. Der Beschluss ist ein Beweisbeschluss (§ 277). Derselbe hat daher außer dem sachlichen Inhalte die Art der Beweisaufnahme, den beauftragten Richter oder das ersuchte Gerichte zu bezeichnen oder die Tagsatzung zur Beweisaufnahme zu bestimmen.

Die Bestellung der Sachverständigen kann, wenn ein ersuchter Richter mit der Beweisaufnahme betraut wird, diesem überlassen werden (§ 352).

Auch kann der Vollzug der Beweisaufnahme von dem Erlage eines Kostenvorschusses (§§ 332, 365) abhängig gemacht werden.

3. Betreffs der Bestellung des Curators gelten die Bestimmungen der §§ 8 und 9, betreffs seiner Entlohnung der § 10.

Derselbe ist nicht vor der Erledigung des Beweisantrages zu bestellen und über den Antrag einzuvernehmen, sondern mit der Anordnung der Beweisaufnahme zur Wahrnehmung der Rechte des Gegners. Die Bestellung ist nach den Motiven sowohl für den unbekannten als für den abwesenden Gegner zulässig und dem Ermessen des Gerichtes überlassen. Dies wird sich namentlich bei wichtigeren und kostspieligeren Beweisaufnahmen empfehlen, bei welchen zugleich der Einwirkung der Parteien ein größerer Spielraum gewährt ist, um auf diese Art die Gefahr der Wiederholung der Beweisführung zu vermindern (Regierungsmotive, S. 285).

4. Nur der stattgebende Beschluss kann nicht angefochten werden. Gegen einen Beschluss, welcher das Gesuch ganz oder theilweise zurückweist, ist der Recurs zulässig. Nach Schuster von Bonnott, soll der Recurs auch gegen etwaige Zwischenverfügungen zulässig sein (S. 438).

Die Anfechtbarkeit derselben, z. B. des Auftrages zur Beseitigung des mangelnden Nachweises der gesetzlichen Vertretung (§ 6), zur Beseitigung von Formgebrechen (§ 85), zum Erlage eines Vorschusses (§ 349), der Verfügung der Beweisaufnahmen durch einen ersuchten oder beauftragten Richter (§ 291) dürfte sich nach den allgemeinen Vorschriften richten.

*§ 387. **Der Gegner ist unter Zustellung des Beschlusses und, falls er über den Antrag nicht früher gehört wurde, auch eines Exemplares des von der antragstellenden Partei überreichten***

Digitized by Google

Schriftsatzes oder einer Abschrift des über ihren Antrag aufgenommenen Protokolles zu der für die Beweisaufnahme bestimmten Tagsatzung zu laden.

In dringenden Fällen kann jedoch noch vor Zustellung des Beschlusses an den bekannten Gegner mit der Beweisaufnahme begonnen werden. Die Bewilligung hiezu kann auf Antrag gleichzeitig mit der Entscheidung über den Antrag auf Zulassung der Beweisaufnahme ertheilt werden. Gegen die Gewährung oder Verweigerung dieser Bewilligung ist ein Rechtsmittel unzulässig.

Der Beweisbeschluss ist schriftlich auszufertigen, und nachdem beiden Parteien die Theilnahme an der Beweisaufnahme freisteht, so ist nicht nur der Gegner, sondern auch der Beweisführer zu der für die Beweisaufnahme bestimmten Tagsatzung zu laden und zwar ersterer durch Zustellung des Beweisbeschlusses. Ist der Gegner nicht bekannt, so entfällt dessen Ladung, ist für denselben ein Curator bestellt, so erfolgt die Ladung an diesen.

Die Beweisaufnahme darf in der Regel vor ausgewiesener rechtzeitiger Ladung des Gegners nicht stattfinden. Nur in den Fällen besonderer Dringlichkeit, wenn durch die Verzögerung der Beweisaufnahme deren Zweck vereitelt oder erheblich bedroht würde, kann die Beweisaufnahme selbst vor der Verständigung des Gegners oder ohne Rücksicht auf den fehlenden Ausweis über dessen rechtzeitige Verständigung begonnen werden. Der diesbezügliche unanfechtbare Beschluss kann sofort bei der Bewilligung der Beweisaufnahme, er kann aber auch erst dann gefasst werden, wenn der Zustellungsausweis zur Zeit der Beweisaufnahme nicht vorliegt.

Die Wirkung der nicht rechtzeitigen Verständigung ist erst bei der Benützung des Beweises zu prüfen (§ 389). Trotz der Bewilligung der Beweisaufnahme ohne Intervention des Gegners ist derselbe zu verständigen, damit er eventuell eine Ergänzung der Beweisaufnahme (§ 289) beantragen könne.

§ 388. Die Beweisaufnahme erfolgt nach den Vorschriften des zweiten, vierten, fünften und sechsten Titels dieses Abschnittes.

Das die Beweisaufnahme betreffende Protokoll wird bei dem Gerichte verwahrt, welches die Beweisaufnahme angeordnet hat. Wenn der Rechtsstreit bei einem anderen Gerichte anhängig ist oder anhängig wird, ist das Protokoll dem Processgerichte auf dessen Ersuchen oder auf Antrag einer der Parteien zu übersenden.

Digitized by Google

Die Kosten der Beweisaufnahme werden von der antragstellenden Partei bestritten, unbeschadet eines ihr zustehenden Ersatzanspruches. Dem Gegner sind die nothwendigen Kosten für seine Betheiligung bei der Beweisaufnahme unbeschadet der Entscheidung in der Hauptsache zu ersetzen.

Nachdem die Beweisaufnahme nach den allgemeinen Regeln erfolgt, so hat sie in anhängigen Processen vor dem Senate stattzufinden (§ 276), sofern nicht nach den Bestimmungen der §§ 328, 352, 368 die Beweisaufnahme durch einen beauftragten oder ersuchten Richter statthaft ist und beschlossen wird. Stellt sich im Laufe des Verfahrens heraus, dass die Beweismittel gesetzlich nicht zulässig sind, dass z. B. der Zeuge nicht vernommen werden darf, so hat das Gericht seinen Beschluss zu widerrufen, nachdem es gemäß § 277 an denselben nicht gebunden ist.

Wird der Beweis durch einen beauftragten oder ersuchten Richter aufgenommen, so sind die Protokolle und sonstigen Acten dem Processgerichte einzusenden oder vorzulegen, von dem Vorsitzenden des Senates (Einzelrichters) zu prüfen; erforderlichenfalls ist die Verbesserung oder Vervollständigung der Beweise zu veranlassen und es sind die Parteien von dem Einlangen der Acten zu verständigen (§ 286). Sonst sind die Acten einfach zu verwahren.

2. Geht der Antrag auf Beweisaufnahme von beiden Parteien aus, so sind die Kosten derselben von beiden Parteien gemeinschaftlich zu bestreiten (§ 40), der Ersatzanspruch richtet sich nach den Bestimmungen über die Processkosten.

Nur die Kosten der Betheiligung an der Beweisaufnahme sind dem Gegner vorbehaltlich des Rückersatzes derselben für den Fall des Unterliegens im Processe zu ersetzen.

Die Einvernahme des Gegners wegen Zulassung des Beweises stellt sich im Hinblick darauf, dass sie über einen ganz selbständigen Processantrag abgeführt und mittels besonderen Bescheides erledigt wird, als ein Incidenzfall dar, deren Kosten der in diesem Incidenzstreite obsiegenden Partei zuzusprechen sind (O. G. H. Nr. 14402, 14416).

§ 389. Jede Partei kann im Verlaufe des Rechtsstreites die zur Sicherung eines Beweises erfolgte Beweisaufnahme benützen.

Welcher Einfluss der Einwendung einzuräumen sei, dass die Beweisaufnahme nicht nach den Bestimmungen stattgefunden hat, welche für eine im Laufe des Processes erfolgende Beweisaufnahme gelten, oder dass der Gegner von der Beweisaufnahme

Digitized by Google

nicht oder nicht rechtzeitig verständigt wurde, hat das erkennende Gericht nach § 272 zu würdigen.

Im Verlaufe des Rechtsstreites kann eine Ergänzung oder Wiederholung der Beweisaufnahme angeordnet werden.

Die Beweisantretung (Benützung des Beweises) erfolgt durch den Antrag auf Herbeischaffung der Beweisacten, welcher in der Klage (§ 229), der Klagebeantwortung (§ 243), einem besonderen Schriftsatze (§ 258), bei der mündlichen Verhandlung (§ 301) gestellt werden kann.

Außerdem kann der Vorsitzende von amtswegen die Herbeischaffung derselben verfügen (§ 183).

Die Ergebnisse einer Beweisaufnahme zur Sicherung sind vom Gerichte frei zu würdigen.

Was insbesondere die unterlassene oder nicht rechtzeitige Verständigung des Gegners von der Beweisaufnahme und die Abweichungen von dem für die ordentliche Beweisaufnahme geltenden Vorschriften betrifft, so sind dieselben nur über Einwendung der Gegenpartei zu berücksichtigen und werden insbesondere dann von Bedeutung sein, wenn ein Verschulden des Beweisführers vorliegt. Selbstverständlich wird diejenige Processpartei, über deren Antrag die Beweisaufnahme erfolgt ist, dem Gegner, der sich auf diesen Beweis stützt, die unterbliebene Ladung dieses Gegners nicht einwenden können.

Die Ergänzung oder Wiederholung der Beweisaufnahme ist insbesondere zu verfügen, wenn die bei der Vernehmung für gerechtfertigt erkannte Weigerung der Aussage oder der Beantwortung einzelner Fragen seitens eines Zeugen für unzulässig erachtet wird, wenn Zeugen nicht ordnungsmäßig oder nicht vollständig vernommen wurden, wenn die Aussage in wesentlichen Punkten an Unklarheit, Unbestimmtheit oder Zweideutigkeit leidet, wenn die Zeugen dies selbst verlangen (§ 344), wenn das Gutachten ungenügend oder nicht übereinstimmend ist (§ 362).

Zweiter Abschnitt: **Urtheile und Beschlüsse.**

Erster Titel: **Urtheile.**

Endurtheil.

§ 390. Wenn der Rechtsstreit nach den Ergebnissen der durchgeführten Verhandlung und der stattgefundenen Beweisaufnahmen zur Endentscheidung reif ist, hat das Gericht diese Entscheidung durch Urtheil zu fällen (Endurtheil).

Digitized by Google

Dasselbe gilt, wenn von mehreren zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung verbundenen Processen nur einer zur Endentscheidung reif ist.

1. Urtheile sind die auf Grund mündlicher Verhandlung in der Form des § 417 erlassenen Entscheidungen des Gerichtes erster oder höherer Instanz. Von dem Urtheile zu unterscheiden sind die Beschlüsse (§ 425), welche immer zu fassen sind, sofern nicht ein Urtheil zu fällen ist. Die Unterscheidung der richterlichen Aussprüche nach ihrer Form ist vornehmlich deshalb von Wichtigkeit, weil die Gestaltung des Rechtsmittelverfahrens auf diesem Unterschiede beruht. Die Urtheilsform wurde im Entwurfe für alle die Hauptsache erledigenden Aussprüche (§ 390), sowie für diejenigen Entscheidungen vorgeschrieben, über welche im Falle eines Rechtszuges wegen ihrer Wichtigkeit von der höheren Instanz nicht ohne vorhergehende mündliche Verhandlung erkannt werden soll: insbesondere für Entscheidungen über einzelne von mehreren in der Klage geltend gemachten Ansprüchen oder über einen Theil des Anspruches (§ 391), für Entscheidungen über den Grund des Klaganspruches oder über den Bestand oder Nichtbestand eines präjudiciellen Rechtsverhältnisses oder Rechtes (§ 393). Zur Vermeidung von Zweifeln wurde ferner ausgesprochen, dass nicht bloß im Falle eines Versäumnisses eigentliche Urtheilsschöpfung begehrt werden könne, sondern auch im Falle des Verzichtes des Klägers auf den Klaganspruch (§ 394), oder über Anerkennung des erhobenen Anspruches durch den Beklagten (§ 395). Je nachdem das Urtheil über den Klaganspruch oder über einen von mehreren Klagansprüchen ergeht oder nur über ein einzelnes Element des Anspruches, ist das Urtheil entweder ein End-, beziehungsweise Theilurtheil oder ein Zwischenurtheil (Regierungsmotive, S. 286).

Ueber Processeinreden wird durch Beschluss entschieden (§ 261). Die Entscheidung im Besitzstörungsverfahren erfolgt mittels Endbeschlusses (§ 459); über den Antrag auf Ergänzung des Urtheils wird durch Ergänzungsurtheil (§ 423) entschieden, wenn dem Antrage stattgegeben, und durch Beschluss, wenn derselbe verworfen wird. Nach § 83 E. O. ist über den Widerspruch gegen die Bewilligung der Execution auf Grund eines ausländischen Executionstitels mittels Urtheiles zu entscheiden.

2. Ob der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist, oder ob noch Parteierklärungen oder eine Beweisaufnahme nöthig sind, hat das Gericht zu beurtheilen. Voraussetzung der Urtheilsfällung ist der Schluss der Verhandlung (§ 193), den der Vorsitzende auszusprechen hat. Wurde die Verhandlung nicht

Digitized by Google

vor dem Einlangen der durch einen ersuchten Richter aufzunehmenden Beweise für geschlossen erklärt, so muss vor Fällung des Urtheiles zur Verhandlung über die Ergebnisse der Beweisaufnahme Tagsatzung angeordnet werden (§ 281), selbst wenn das Gericht den Rechtsstreit auch ohne Verhandlung zur Entscheidung reif erachtet. Von den Parteien angebotene Beweise, welche das Gericht für unerheblich erachtet, weil die Entscheidung über den Rechtsstreit, d. h. über die Sachanträge, den geltend gemachten Anspruch (§ 11, Anm. 6), ohne Rücksicht auf das Ergebnis dieser Beweise ergehen kann, sind ausdrücklich zurückzuweisen (§ 275).

3. Ein Endurtheil ist jedes Urtheil, welches durch seine Entscheidung den Rechtsstreit oder den betreffenden Anspruch endlich erledigt, so dass ein weiteres Urtheil in demselben Rechtsstreite oder über denselben Anspruch weder erforderlich noch möglich ist (E. d. R. G. Leipzig, VII, S. 426).

Nach § 187 können zum Zwecke der Beschleunigung oder Vereinfachung der Erledigung oder zum Zwecke der Verminderung der Processkosten mehrere zwischen denselben oder zwischen verschiedenen Personen bei demselben Gerichte anhängige Rechtssachen zur gemeinschaftlichen Verhandlung verbunden werden.

Sind die verbundenen Processe nicht zwischen denselben Personen anhängig, so ist die Fällung eines gemeinschaftlichen Urtheiles unzulässig (§ 187).

Wird die Verbindung der mehreren zwischen denselben Parteien anhängigen Processe nicht wieder aufgehoben (§ 192), so sind in der Regel alle diese verbundenen Rechtsstreitigkeiten durch ein und dasselbe Urtheil zu erledigen (§ 404). Eine Ausnahme tritt ein, wenn einer der verbundenen Processe vor den anderen zur Endentscheidung reif geworden ist, in welchem Falle dieser Process sofort durch Endurtheil entschieden werden muss, während für den Fall des § 391 die Fällung eines Theilurtheiles dem Ermessen des Gerichtes überlassen wird.

4. Im Falle der subjectiven (§ 11) oder objectiven (§ 227) Klagenhäufung ist diese Vorschrift des § 390 nicht anwendbar und auch ein Theilurtheil kann nur im Falle der Anerkennung (§ 391) oder des Verzichtes (§ 394) erlassen werden. (Anderer Meinung Dr. Katz, das Urtheil im neuen österreichischen Civilprocesse, S. 31).

Dennoch wird es möglich sein, durch eine Trennung der Verhandlung (§ 188) über die mehreren Klagsansprüche oder gegen die mehreren Beklagten — wenn die Streitgenossenschaft

Digitized by Google

nicht eine nothwendige ist (§ 14) — die Fällung des Urtheiles über einen oder einige der zur Entscheidung reifen Ansprüche oder gegen einzelne submittierende oder ausbleibende Beklagte vor durchgeführter Verhandlung über die anderen Ansprüche oder gegen die übrigen Streitgenossen herbeizuführen.

Allzuweit in dieser Richtung zu gehen, wird sich nicht empfehlen. Insbesondere erscheint es unzulässig, über einen Theil eines Anspruches, z. B. bezüglich einzelner in einem Contocorrent aufgeführter Posten vorab zu entscheiden, wenn nicht ein Anerkenntnis oder ein Verzicht vorliegt, weil die Trennung der Verhandlung nur bezüglich einzelner Ansprüche zulässig ist und weil das Urtheil ein Theilurtheil wäre, das nur in den in den §§ 391, 394 aufgezählten Fällen erfolgen darf.

Theilurtheil.

§ 391. Sind einzelne von mehreren in derselben Klage geltend gemachten Ansprüchen oder ist ein Theil eines Anspruches durch ausdrückliche Anerkennung von Seiten des Beklagten außer Streit gestellt, so kann das Gericht in Ansehung dieses Anspruches oder des Theiles sofort zum Schluss der Verhandlung und zur Urtheilsfällung schreiten (Theilurtheil).

Ein Theilurtheil kann auch erlassen werden, wenn bei erhobener Widerklage nur die Klage oder Widerklage zur Endentscheidung reif ist.

Hat der Beklagte mittels Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht im rechtlichen Zusammenhange steht, so kann, wenn nur die Verhandlung über den Klagsanspruch zur Entscheidung reif ist, über denselben durch Theilurtheil erkannt werden. Die Verhandlung über die Gegenforderung ist ohne Unterbrechung fortzusetzen.

1. Wird durch das Urtheil nicht der ganze Rechtsstreit, sondern nur über einen Theil der im Rechtsstreite befangenen Ansprüche entschieden, so heißt dasselbe Theilurtheil. Die Erlassung eines Theilurtheiles ist nicht vorgeschrieben, sondern dem Ermessen des Gerichtes überlassen. Ist das Gericht bei Erlassung eines Theilurtheiles nicht in der Lage, hinsichtlich des abgeurtheilten Anspruches oder Theilanspruches zugleich über die Kosten oder Nebengebüren (§ 392) zu entscheiden, so ist im Urtheile auszusprechen, inwieferne eine solche Entscheidung noch einem weiteren Urtheile vorbehalten bleibt (§ 52).

Digitized by Google

Bei Anerkenntnis oder Verzicht (§ 394) kann ein Theilurtheil sowohl betreffs einzelner Ansprüche (subjective und objective Klagehäufung), als auch betreffs eines Theiles des Anspruches erlassen werden und wird sich ein solches Theilurtheil zur Beschleunigung der Rechtsdurchsetzung empfehlen, nachdem wohl eine Berufung gegen ein solches Theilurtheil nicht eingebracht werden dürfte und eine Complication der Verhandlung oder des Rechtszuges nicht zu besorgen ist.

2. Voraussetzung für die Entscheidung über Klage oder Widerklage mittels Theilurtheiles ist, dass über Klage und Widerklage (§ 233) gemeinschaftlich verhandelt wird, wozu gemäß § 187 ein Gerichtsbeschluss erforderlich ist (§ 233, Anm. 5). (Anderer Meinung Dr. Katz, S. 35.)

Zu berücksichtigen ist, dass nach § 96 J. N. die Widerklage eingebracht werden kann, wenn der mit ihr geltend gemachte Anspruch mit dem Klagsanspruche im Zusammenhange steht, wenn er sich zur Compensation eignen würde, oder wenn ein im Laufe des Processes streitig gewordenes Rechtsverhältnis oder Recht festgestellt werden soll.

Im letzteren Falle wird die abgesonderte Entscheidung über die Widerklage nur dann zweckmäßig sein, wenn der Widerklagsanspruch abzuweisen ist. Ist demselben stattzugeben und hängt von dessen Bestehen die Entscheidung über das Klagebegehren ab, so ist gleichzeitig mit der Entscheidung über die Widerklage das Klagebegehren als unbegründet abzuweisen. Sonst wird das Gericht nach reiflicher Erwägung der Umstände zu beurtheilen haben, ob die Erlassung eines Theilurtheiles für die Partei von Vortheil sei, wobei insbesondere unter Umständen die durch das Theilurtheil geschaffene voraussichtliche Nothwendigkeit der Ergreifung der Berufung gegen das Theilurtheil und später gegen das Endurtheil — somit einer doppelten Berufung in Anschlag zu bringen sein wird (Dr. Katz, S. 33).

3. Voraussetzung der Entscheidung mittels Theilurtheiles über den Klagsanspruch trotz vorliegender Einrede der Compensation ist, dass die Gegenforderung mit der Klageforderung nicht im rechtlichen Zusammenhange steht. Andernfalls ist die Trennung der Entscheidung ohne Trennung der Verhandlung (§ 188) unzulässig. Der Zusammenhang ist ein rechtlicher nur dann, wenn Anspruch und Gegenanspruch auf ein gemeinsames Rechtsverhältnis zurückzuführen sind, ohne dass gerade völlige Identität des unmittelbaren Rechtsgrundes vorhanden sein muss (R. G. Leipzig, XXIV, S. 423).

Digitized by Google

Das bezüglich der Klageforderung ergangene Urtheil entscheidet über dieselbe nur vorläufig und die endgiltige Entscheidung bleibt dem über die Compensationseinrede zu fällenden Endurtheile vorbehalten, da das die Klageforderung zusprechende Urtheil, wenn die Compensationseinrede für begründet erachtet wird, der Abänderung unterliegt (R. G. Leipzig, Juristische Wochenschrift 1893, S. 266). Die Parteistellung bleibt dieselbe, wie sie vor der Fällung des Theilurtheiles war, die Compensationseinrede bleibt als Einrede gegen die Klage zu verhandeln und zu entscheiden. Der Beklagte kann nicht bloß die Feststellung seiner Gegenforderung, sondern auch die Aufhebung des früher ergangenen Urtheiles, eventuell die Rückstellung des etwa von ihm auf Grund des früheren Urtheiles Bezahlten verlangen (§ 188, Anm. 4). Dem Berufungsgerichte sind, wenn gegen ein Theilurtheil die Berufung erhoben wird, amtliche Abschriften der auf den Gegenstand des Berufungsverfahrens bezüglichen Theile derjenigen Processacten vorzulegen, welche zugleich für das Verfahren in erster Instanz benöthigt werden (§ 469).

§ 392. Jedes Theilurtheil ist in Betreff der Rechtsmittel und der Execution als ein selbständiges Urtheil zu betrachten.

Die Bestimmungen des § 52, Abs. 2, gelten auch in Ansehung der Nebengebüren des Anspruches oder Theilanspruches, über welche mittels Theilurtheils erkannt wurde.

Aus der Eigenschaft eines Theilurtheiles als Endurtheil über einen Anspruch oder über einen Theil desselben folgt, dass Rechtsmittel dagegen selbständig und ohne dass die Entscheidung wegen des Restes abzuwarten wäre, eingelegt werden können und zur Vermeidung der Rechtskraft auch eingelegt werden müssen, dass das Theilurtheil der materiellen Rechtskraft des § 411 fähig und nach den Bestimmungen der Executionsordnung vollstreckbar ist.

Bei einem Theilurtheile spricht die Vermuthung dafür, dass alles, was nicht ausdrücklich entschieden ist, späterer Entscheidung hat vorbehalten werden wollen (R. G. Leipzig, V, S. 391). Betreffs der Kosten und Nebengebüren, zu welchen auch die Entscheidung über einen Ersatzanspruch wegen muthwilliger Processführung (§ 408) gehört, ist im § 52 vorgeschrieben, dass im Urtheile auszusprechen sei, inwiefern eine Entscheidung darüber wegen mangelnder Grundlagen dem Endurtheile vorbehalten bleibt. Fehlt ein solcher Vorbehalt im Theilurtheile, so ist der Antrag auf Ergänzung des Theilurtheiles binnen 8 Tagen nach Zustellung des Urtheiles anzubringen,

Digitized by Google

worüber nach vorhergehender mündlicher Verhandlung zu entscheiden ist (§ 423).

Zwischenurtheil.

§ 393. Wenn in einem Rechtsstreite ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig und die Verhandlung zunächst bloß in Ansehung des Grundes zur Entscheidung reif ist, kann das Gericht vorab über den Grund des Anspruches durch Urtheil entscheiden (Zwischenurtheil).

Ferner kann durch ein der Entscheidung der Hauptsache vorausgehendes Zwischenurtheil im Falle der §§ 236 und 259 über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses oder Rechtes entschieden werden, sobald die Verhandlung über den Feststellungsantrag zur Entscheidung reif ist.

Die im Sinne der beiden ersten Absätze erlassenen Urtheile sind in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheile anzusehen. Durch die Erhebung der Berufung oder Revision gegen ein gemäß Abs. 1 erlassenes Zwischenurtheil wird die weitere Verhandlung über die Klage bis zum Eintritte der Rechtskraft des erlassenen Zwischenurtheiles gehemmt. In allen anderen Fällen nimmt ungeachtet der Berufung oder Revision gegen das Zwischenurtheil die Verhandlung der Hauptsache ihren Fortgang. Das Gericht kann jedoch, wenn ein für die Entscheidung der Hauptsache wesentliches Rechtsverhältnis oder Recht für nicht begründet erkannt wurde, anordnen, dass die weitere Verhandlung über die Klage bis zum Eintritte der Rechtskraft des erlassenen Zwischenurtheiles auszusetzen sei. Diese Anordnung kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden.

In Ansehung der Kosten hat die Vorschrift des § 52, Abs. 2 sinngemäße Anwendung zu finden.

1. Das Zwischenurtheil ist im Gegensatze zum Theilurtheile kein Endurtheil und entscheidet nicht über einen Anspruch oder einen Theil desselben, sondern nur über eine meritorische Vorfrage.

Es erledigt daher den Rechtsstreit weder ganz noch theilweise, sondern lässt die Möglichkeit der demnächstigen Abgabe eines Endurtheiles offen, wenngleich es diesem präjudiciert (E. d. R. G. Leipzig, Fuchsberger, S. 468). Ein Zwischenurtheil ist im Laufe des Verfahrens für Gericht und Parteien bindend, so dass die Rechtsbehelfe, welche die dadurch entschiedene Frage betreffen, in der mündlichen Verhandlung nicht weiter nachgeholt werden dürfen und die Parteien nur mehr auf die Rechtsmittelinstanz (Schuster v. Bonnott, S. 395) und

Digitized by Google

auf die Wiederaufnahmsklage gewiesen sind. Die erst nach der mündlichen Verhandlung, auf welche das Zwischenurtheil ergangen ist, entstandenen Rechtsverhältnisse werden durch das Zwischenurtheil nicht betroffen. Darüber, was sich in der Folge in Bezug auf den Grund des Anspruches oder in Bezug auf das präjudicielle Rechtsverhältnis oder Recht ereignen könnte, bestimmt das Zwischenurtheil nichts. Hat der Kläger nach Erlass des Zwischenurtheiles Zahlung erhalten, sich mit dem Beklagten verglichen, ihm Stundung gewährt, oder hat der Beklagte nach diesem Zeitpunkte eine compensable Gegenforderung erlangt, so ist dies bei der Entscheidung über den Betrag zu berücksichtigen (Wilmowski, S. 497).

2. Die Fällung von Zwischenurtheilen ist durch § 393 entsprechend beschränkt. Abgesehen von den Fällen eines Zwischenantrages ist ein solches nur zulässig über den Grund eines Anspruches, wenn außer diesem auch der Betrag streitig, diesbezüglich aber der Process noch nicht spruchreif ist. Unzulässig ist daher ein Zwischenurtheil insbesondere über einzelne Streitpunkte, über selbständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel auch dann, wenn die abgesonderte Verhandlung (§ 189) über dieselben beschlossen worden ist.

Die Bestimmung darf nicht so aufgefasst werden, als ob das Gericht befugt wäre, in allen Fällen, in welchen der Klagegrund und dessen Wirkungen bestritten sind, eine gesonderte Vorentscheidung über den ersteren zu erlassen. Zwar ist nach den Motiven der Processordnung die gedachte Bestimmung nicht auf Ansprüche beschränkt, welche den Ersatz eines Schadens oder die Leistung des Interesse bezielen, sondern sie erstreckt sich auf alle Ansprüche, bei welchen eine Trennung des Inhaltes nach Grund und Betrag denkbar ist, und ist es deshalb insbesondere unerheblich, ob der Grund des Anspruches ein dinglicher oder persönlicher ist, ob er auf vermögensrechtlichen oder anderen Verhältnissen beruht. Allein sowohl die gewöhnliche Bedeutung des Ausdruckes „Betrag“, als der Zweck des Gesetzes: zweckmäßige Vereinfachung durch Trennung des Processtoffes, lassen keinem gegründeten Zweifel Raum, dass § 393 nur in denjenigen Fällen anwendbar ist, in welchen der Gegenstand des streitigen Anspruches in der Leistung einer Geldsumme oder einer Quantität anderer fungibler Sachen besteht, dass folglich eine Vorentscheidung überall da ausgeschlossen ist, wo die beanspruchte Verpflichtung auf Leistung einer individuell bestimmten Sache oder auf Vornahme von Handlungen gerichtet ist (O. L. G. f. Bayern, Fuchsberger, S. 480).

Digitized by Google

3. Liegt ein Zwischenantrag des Klägers (§ 236) oder des Beklagten (§ 259) auf Feststellung eines präjudiciellen Rechtsverhältnisses oder Rechtes vor und ist die Verhandlung über diesen Feststellungsantrag, welcher auch eine compensable Gegenforderung zum Gegenstande haben kann, früher zur Entscheidung reif, als die Verhandlung über den Klagsantrag, so erscheint ein Zwischenurtheil gleichfalls zulässig. Voraussetzung aber ist, dass die Partei einen Feststellungsantrag gestellt hat (Katz, S. 48).

In beiden Fällen kann das Gericht von der Trennungsbefugnis des § 393 Gebrauch machen, allein die Parteien sind nicht berechtigt, dies zu verlangen (R. G. Leipzig, X, S. 357).

4. Obwohl nach den Motiven (S. 287) ein Zwischenurtheil sowohl für den Fall der Anerkennung des Grundes, Rechtsverhältnisses oder Rechtes als auch dann zulässig erscheint, wenn der Anspruch als unbegründet erklärt oder ein bedingendes Rechtsverhältnis verneint worden ist, so wird sich die Trennung der Entscheidung doch nur im ersteren Falle empfehlen; denn wenn das Gericht einen Anspruch schon seinem Grunde nach für nicht vorhanden erachtet, so ist für dasselbe der Rechtsstreit zur Entscheidung reif und es ist nicht abzusehen, weshalb das Gericht nicht nach Vorschrift des § 390 ein Endurtheil erlassen könnte.

Das Berufungsgericht ist mit Rücksicht auf § 463 berechtigt, auch wenn in erster Instanz die Verhandlung nicht auf den Grund des Anspruches beschränkt gewesen ist, doch einstweilen nur über den Grund zu erkennen und die Entscheidung über den Betrag vorzubehalten (R. G. Leipzig, XIV, S. 357).

5. Das Zwischenurtheil ist nicht vollstreckbar, denn es entscheidet nicht über den Anspruch. Nur betreffs der Rechtsmittel sind die Zwischenurtheile als Endurtheile anzusehen. Wird ein Zwischenurtheil durch Rechtsmittel nicht angefochten, so ist es für alle Instanzen bindend.

Die **Hemmung** der Verhandlung infolge Erhebung der Berufung oder Revision ist nicht mit der Unterbrechung des Verfahrens nach § 163 identisch, da insbesondere Processhandlungen der Parteien mit Rechtswirkung zulässig, ja nothwendig sein werden und nur die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung über die Klage gehemmt erscheint. (Anderer Meinung Schuster von Bonnott, S. 396, Schauer, S. 501). Im Falle der Entscheidung über den Grund des Anspruches ist die Hemmung des Verfahrens bis zur Rechtskraft des Urtheiles obligatorisch. Im Falle der abgesonderten Entscheidung über

Digitized by Google

einen Feststellungsantrag ist die Hemmung der Verhandlung nach Ermessen des Gerichtes nur dann zulässig, wenn das betreffende Rechtsverhältnis oder Recht zwar für die Entscheidung der Hauptsache als wesentlich erachtet wird, aber für nicht begründet erkannt wurde. Eine solche Sistierung wird namentlich dann eintreten müssen, wenn die gegen das Zwischenurtheil erhobenen Beschwerden nach Ansicht des Gerichtes erster Instanz keinen Erfolg versprechen, vielmehr die Zwecklosigkeit weiteren Verhandelns der Sache wahrscheinlich machen (Regierungsmotive, S. 287).

Wird die Verhandlung nicht gehemmt, so sind dem Berufungsgerichte amtliche Abschriften derjenigen Processacten vorzulegen, welche zugleich für das Verfahren in erster Instanz benöthigt werden (§ 469).

6. Ueber die Processkosten wird bei Fällung des Zwischenurtheiles in der Regel nicht abgesprochen werden können, weil noch nicht feststeht, welche Partei in der Hauptsache unterliegt. Nur in jenen Ausnahmsfällen, wo der Anspruch für unbegründet erklärt oder ein den Klagsanspruch bedingendes Rechtsverhältnis verneint wird — in denen zweckmäßiger mit Endurtheil zu entscheiden wäre — kann über die Processkosten abgesprochen werden.

Wird die Entscheidung über die Kostenfrage dem Endurtheile vorbehalten, so ist dies im Zwischenurtheile auszusprechen.

Die Formel des Zwischenurtheiles wird also z. B. bei Schadenersatzklagen lauten: Beklagter wird schuldig erkannt, dem Kläger Y wegen Körperverletzung Schadenersatz zu leisten; die Feststellung des Betrages und die Entscheidung über die Kosten wird vorbehalten.

Urtheil auf Grund von Verzicht.

§ 394. Verzichtet der Kläger bei der ersten Tagsatzung ober bei der mündlichen Streitverhandlung auf den geltend gemachten Anspruch, so ist die Klage auf Antrag des Beklagten auf Grund des Verzichtes durch Urtheil abzuweisen.

Bezieht sich der Verzicht nur auf einen von mehreren in der Klage geltend gemachten Ansprüchen oder auf einen Theil eines Anspruches, so kann auf Grund des Verzichtes auf Antrag ein Theilurtheil erlassen werden.

Der Verzicht auf den Klagsanspruch ist ein Dispositivact, derselbe ist zu unterscheiden von der Zurücknahme der Klage (§ 237), welche ohne Zustimmung des Beklagten nur bis zum

Digitized by Google

Beginne der ersten Tagsatzung zulässig ist, während der Verzicht bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung gestattet wird. Die Processvollmacht berechtigt zum Verzichte (§ 31), sofern sie nicht diesbezüglich beschränkt und dies dem Beklagten besonders bekannt gegeben worden ist (§ 32). Der Verzicht muss bei der ersten Tagsatzung oder bei der mündlichen Streitverhandlung erfolgen. Wird im vorbereitenden Verfahren oder sonst vor einem ersuchten oder beauftragten Richter oder in Schriftsätzen auf den Klagsanspruch ganz oder zum Theile verzichtet, so ist dies lediglich eine Thatsache, welche bei der Entscheidung zu berücksichtigen sein wird. Immer muss aber ein vor Gericht erklärter Verzicht protokolliert werden (§ 208). Der Verzicht kann rechtswirksam auch vor der Berufungsinstanz erfolgen.

Das Urtheil auf Grund von Verzicht ist von dem Antrage des Beklagten abhängig, bleibt der Beklagte von der Tagsatzung aus oder stellt er den Antrag nicht, so tritt Ruhen des Verfahrens ein. Es steht jedoch dem Beklagten frei, in der Folge nach Ablauf der dreimonatlichen Frist die Anordnung einer neuen Tagsatzung zu beantragen und bei dieser den Antrag auf Fällung des Urtheiles zu stellen.

Der Abspruch über die Processkosten kann nur gleichzeitig mit dem Abspruche in der Hauptsache erfolgen, doch wird nichts entgegenstehen, die Kosten über Begehren der Parteien auch ohne Fällung des Urtheiles auszumessen.

Urtheil auf Grund von Anerkenntnis.

§ 395. Wenn der Beklagte den gegen ihn erhobenen Anspruch bei der ersten Tagsatzung oder bei der mündlichen Streitverhandlung ganz oder zum Theile anerkennt, so ist auf Antrag des Klägers dem Anerkenntnis gemäß durch Urtheil zu entscheiden.

Das Anerkenntnis ist ein dispositiver Rechtsact, welcher den Anspruch selbst anerkennt. Dasselbe ist zu unterscheiden von dem Geständnisse, welches bloß die Einräumung der im Processe zur Sprache gekommenen Thatsachen betrifft (§ 266). Das Geständnis kann widerrufen werden, das Anerkenntnis nicht. Die Processvollmacht berechtigt zum Anerkenntnis (§ 31), sofern sie nicht diesbezüglich beschränkt und dies dem Beklagten besonders bekannt gegeben worden ist (§ 32).

Das Anerkenntnis muss bei der ersten Tagsatzung oder bei der mündlichen Streitverhandlung erfolgen. Anerkenntnisse im vorbereitenden Verfahren oder sonst vor einem ersuchten oder beauftragten Richter sind zu protokollieren (§ 208), haben

Digitized by Google

jedoch gleich den in Schriftsätzen abgegebenen Anerkenntnissen keine processuale, sondern nur eine materiellrechtliche Bedeutung (O. L. G. f. Bayern, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 219). Das Anerkenntnis kann rechtswirksam auch in der Berufungsinstanz erfolgen.

Die Verurtheilung ist nur auszusprechen, wenn sie vom Gegner beantragt wird. Trotz des Anerkenntnisses hat das Gericht dennoch zu prüfen, ob der anerkannte Anspruch des staatlichen Schutzes nicht entbehre, ob er nicht aus einem verbotenen oder wegen Formmangels ungiltigen Rechtsgeschäfte herrühre. Wäre dies der Fall, so wäre der anerkannte Anspruch trotz des Anerkenntnisses abzuweisen (§§ 878, 1271, 1273, 1259, 1371 a. b. G. B.) (Dr. Katz, S. 66). Der Antrag braucht nicht in der Tagsatzung zu erfolgen, in der die Anerkennung erfolgte, der Kläger kann auch später die Anordnung einer Tagsatzung zu diesem Zwecke begehren.

Ob bei theilweiser Anerkennung sofort mittels Theilurtheiles zu erkennen sei, unterliegt nach § 391 dem Ermessen des Gerichtes.

Urtheil in Versäumnisfällen.

§ 396. Wenn die erste Tagsatzung vom Kläger oder vom Beklagten versäumt wird, so ist das auf den Gegenstand des Rechtsstreites bezügliche thatsächliche Vorbringen der erschienenen Partei, soweit dasselbe nicht durch die vorliegenden Beweise widerlegt wird, für wahr zu halten und auf dieser Grundlage auf Antrag der erschienenen Partei über das Klagebegehren durch Versäumungsurtheil zu erkennen.

1. Das Gesetz unterscheidet drei Arten von Versäumnisurtheilen: bei Versäumung der ersten Tagsatzung (§§ 239, 242) oder der an Stelle der ersten Tagsatzung vor Bezirksgerichten tretenden ersten Tagsatzung zur Streitverhandlung (§ 442), bei Versäumung der Klagebeantwortung (§ 398) und bei Versäumung einer Tagsatzung zur Streitverhandlung (§ 399).

2. Voraussetzung der Zulässigkeit der Fällung eines Versäumnisurtheiles ist die ordnungsmäßige Ladung der säumigen Partei. Die Ladung erfolgt nach § 131 an den Kläger mittels Rubrik, an den Geklagten durch Zustellung eines mit der Ausfertigung der Ladung versehenen Exemplares der Klage nebst Abschriften der Beilagen (§ 81). Im Mandatsverfahren durch Zustellung der Einwendungen an den Kläger und einer Rubrik an den Beklagten (§ 552), im Verfahren bei Streitigkeiten aus dem Bestandvertrage durch Zustellung der

Digitized by Google

Einwendungen an den Kündigenden und einer Rubrik an den Gekündigten (§ 571), im Mahnverfahren durch Zustellung der über den Widerspruch ergehenden Ladung an beide Parteien (§ 19 Ges. v. 27. April 1873, Nr. 67 R.-G.-Bl.).

Die erste Tagsatzung ist mit Bedachtnahme auf die für die Zustellung der Klage voraussichtlich erforderliche Zeit so anzuberaumen, dass zwischen der Zustellung der Ladung und der ersten Tagsatzung ungefähr ein Zeitraum von vierzehn Tagen bleibt. In dringenden Fällen kann auf Antrag diese Ladefrist bis auf 24 Stunden eingeschränkt werden (§ 231). Bei Bezirksgerichten kann die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung auf den nämlichen Tag angeordnet werden, an welchem die Klage bei Gericht angebracht wurde (§ 436). Eine Verzögerung der Zustellung verpflichtet zur amtswegigen Erstreckung, wenn die Ladefrist eine genügende Vorbereitung des Gegners oder im Anwaltsprocesse die rechtzeitige Bestellung eines Advocaten nicht mehr gestattet (§ 139). Die Ladung muss auch ausdrücklich auf die erste Tagsatzung beziehungsweise auf die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung lauten und bei Bezirksgerichten immer, im Anwaltsprocesse dann, wenn sie nicht bereits an den Processbevollmächtigten ergeht (§ 93), die Belehrung über die Folgen des Ausbleibens im Sinne des § 396 enthalten. Im Anwaltsprocesse muss die Ladung, sofern sie nicht bereits an einen Advocaten ergeht, insbesondere auch die Aufforderung zur rechtzeitigen Bestellung eines Advocaten und die Belehrung enthalten, dass jede Tagsatzung, für welche die Beiziehung eines Advocaten vorgeschrieben ist, als versäumt gilt, wenn die Partei ohne Advocaten erscheint (§ 133). Die Ladung ist dem Beklagten zu eigenen Handen zuzustellen (§ 106). Ist die Ladung nicht nach diesen Vorschriften ausgefertigt und zugestellt, fehlt es auch nur an dem Nachweise darüber oder ist es bei dem Gerichte offenkundig, dass die Partei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert ist, so ist das Versäumnisurtheil nicht zu erlassen, sondern ein diesbezüglicher Antrag mit Beschluss zurückzuweisen und die Tagsatzung von amtswegen zu erstrecken. Bei der nothwendigen Streitgenossenschaft des § 14 liegt für alle Streitgenossen nur dann Versäumnis vor, wenn die Voraussetzungen für jeden einzelnen der Streitgenossen zutreffen (§ 402).

3. Die Tagsatzung ist von einer Partei versäumt, wenn dieselbe bis zum Schlusse der Tagsatzung nicht erschienen ist, oder, wenn erschienen, nicht verhandelt oder nach dem Aufrufe der Sache sich wieder entfernt. Als versäumt gilt die Tag-

Digitized by Google

satzung auch dann, wenn die Partei bei denjenigen Processhandlungen, für welche die Beiziehung eines Advocaten gesetzlich vorgeschrieben ist, ohne Advocaten erscheint.

Für die erste Tagsatzung besteht kein Anwaltszwang (§ 239). Endlich kann die Partei als nicht erschienen behandelt werden, wenn sie wegen unangemessenen Betragens aus dem Gerichtssaale entfernt wird (§§ 198, 400). Falls eine Partei oder deren Bevollmächtigter einer verständlichen Aeußerung über den Gegenstand des Rechtsstreites nicht fähig ist und die Tagsatzung deswegen und zur Bestellung eines geeigneten Vertreters erstreckt worden ist (§ 185), treffen diese Partei die Folgen des Ausbleibens, wenn sie bei der nächsten Tagsatzung nicht mit einem solchen Vertreter oder mit einem geeigneten anderen Vertreter erscheint.

Nur die totale Verweigerung des Verhandelns zieht Versäumnisfolgen nach sich (§ 133, Anm. 3).

4. Die Fällung eines Versäumnisurtheiles ist von dem Antrage der erschienenen Partei abhängig. Wird dieser Antrag nicht gestellt, so ruht das Verfahren (§ 170). Die Ansicht Trutters (S. 366), dass auch in diesem Falle die Klagebeantwortung aufzutragen sei, lässt sich weder aus dem Gesetze noch aus dem Zwecke der ersten Tagsatzung begründen.

Die allein erschienene Partei hat keinen Grund, die Klagebeantwortung und Streitverhandlung zu verlangen, da sie ja den Contumazantrag stellen kann und der Beklagte hat zu erscheinen und seine Absicht, in den Process einzutreten, zu manifestieren, wenn er dem Ruhen des Verfahrens vorbeugen will. Wird nur für einen Theil des Klageanspruches Versäumnisurtheil beantragt und wegen des übrigen Theiles kein Antrag gestellt, so ruht das Verfahren bezüglich dieses Theiles des Anspruches.

Die Entscheidung erfolgt unter sachlicher Prüfung des thatsächlichen Vorbringens der erschienenen Partei.

Auf schriftliche Aufsätze der nicht erschienenen Partei — mit Ausnahme der Klage — ist kein Bedacht zu nehmen (§ 397). Eine Aenderung oder Erweiterung der Klage ist nach Zustellung derselben ohne Einwilligung des Beklagten unzulässig (§ 235).

Eine Aenderung des **Klagegründes** seitens des Klägers ist daher unzulässig, während Aenderungen der thatsächlichen Angaben, Ergänzungen, Erläuterungen, Berichtigungen derselben, Beschränkungen des Klagebegehrens, die Forderung eines anderen Gegenstandes oder des Interesses (§ 235) zulässig erscheinen.

Digitized by Google

Die Vorschrift der Regierungsvorlage, dass auf mündliches Vorbringen, welches dem Beklagten nicht vor der Tagsatzung mitgetheilt wurde, kein Bedacht zu nehmen sei, ist von der Commission des Herrenhauses gestrichen worden. Es wird daher auch auf solches Vorbringen, soweit es durch die vorliegenden Beweise nicht widerlegt wird, Bedacht zu nehmen sein. Insbesondere wird der Beklagte berechtigt sein, entweder die Klagsangaben zu widersprechen und auf Grund dessen die Abweisung der Klage zu verlangen, oder die Klagsangaben zuzugestehen und unter Behauptung einer rechtsaufhebenden Thatsache, z. B. der Zahlung, die Fällung des Urtheiles zu verlangen (§ 239, Anm. 2).

5. Die dem Gerichte von amtswegen obliegende Prüfung der nothwendigen Processvoraussetzungen, insbesondere der Processfähigkeit (§ 1), der Legitimation der gesetzlichen Vertreter (§ 6) und Processbevollmächtigten (§ 37), der absoluten Incompetenz (§§ 43, 104 J. N.), der Zulässigkeit des Rechtsweges (§ 42 J. N.), der Litispendenz (§ 233), der entschiedenen Streitsache (§ 411) wird durch die Fiction des Geständnisses des thatsächlichen Vorbringens nicht ausgeschlossen.

Kann die erschienene Partei die diesbezüglichen Nachweisungen nicht beschaffen, so ist das Contumazbegehren mit Beschluss abzuweisen und die Tagsatzung von amtswegen zu erstrecken (§ 402).

§ 397. Auf schriftliche Aufsätze, welche die ausgebliebene Partei etwa eingesendet hat, ist kein Bedacht zu nehmen.

Das Versäumungsurtheil, wie das Urtheil über Verzicht oder Anerkenntnis sind in der ersten Tagsatzung vom Vorsitzenden oder von dem mit der Abhaltung dieser Tagsatzung betrauten Richter zu erlassen.

1. Dem Kläger ist es nicht verwehrt, noch vor der ersten Tagsatzung einen Klagsnachtrag mittels Schriftsatzes zu erstatten und auch dem Beklagten steht das Recht zu, den Kläger noch vor der ersten Tagsatzung einen Schriftsatz zukommen zu lassen. Im Verfahren vor Bezirksgerichten ist der Beklagte aufzufordern, noch vor der für die mündliche Verhandlung anberaumten Tagsatzung seine Anträge wegen Vorlage oder Herbeischaffung von Urkunden sowie wegen Vorladung von Zeugen zu stellen (§ 438).

Alle diese Schriftsätze sowie anderweitige schriftliche Aufsätze haben aber für den Process keine Bedeutung und sind nicht zu berücksichtigen, wenn die Partei, welche sie eingebracht hat, bei der ersten Tagsatzung oder bei Bezirksgerichten

Digitized by Google

bei der ersten zur mündlichen Streitverhandlung angeordneten Tagsatzung nicht erscheint. Dagegen werden solche Schriftsätze der erschienenen Partei, wenn sie dem Gegner zugestellt worden sind, nicht unberücksichtigt bleiben können, sofern nicht deren Berücksichtigung, z. B. bei Klageänderungen (§ 235) von der Zustimmung des Gegners abhängig ist.

2. Das Urtheil über Versäumnis, Verzicht oder Anerkenntnis ist als solches ausdrücklich zu bezeichnen und von dem Vorsitzenden des Senates (beauftragten Richter) in der Tagsatzung mündlich zu verkünden, sodann aber beiden Theilen in schriftlicher Ausfertigung zuzustellen (§ 414). Im Verfahren vor Bezirksgerichten steht die Verkündung des Urtheiles dem die Verhandlung leitenden Einzelrichter zu (§ 442).

§ 398. Wenn vom Beklagten die Klagebeantwortung nicht rechtzeitig überreicht wurde, wird eine Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung nur auf neuerlichen Antrag des Klägers anberaumt.

Die Streitverhandlung hat sich in diesem Falle auf die vom Beklagten bei der ersten Tagsatzung angemeldeten Einreden der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Unzuständigkeit des Gerichtes, der Streitanhängigkeit und der rechtskräftig entschiedenen Streitsache zu beschränken. Werden diese Einreden verworfen, so ist sogleich auf weiteren vom Kläger gestellten Antrag in der Hauptsache Versäumungsurtheil zu erlassen (§ 396).

Wurde eine abgesonderte Verhandlung über die bezeichneten Einreden angeordnet (§ 260), so kann der Kläger nach Verwerfung der Einreden wegen nicht rechtzeitiger Ueberreichung der Klagebeantwortung die Anberaumung einer Tagsatzung behufs Erlassung des Versäumungsurtheiles in der Hauptsache beantragen.

Das Erscheinen des Beklagten zu einer im Sinne der vorhergehenden Absätze anberaumten Tagsatzung steht der Erlassung des Versäumungsurtheiles nicht entgegen; auf mündliches Vorbringen des erschienenen Beklagten, das die Hauptsache betrifft, ist bei der Erlassung des Versäumungsurtheiles kein Bedacht zu nehmen.

Das Ausbleiben des Klägers von einer auf seinen Antrag gemäß Absatz 1 oder 2 anberaumten Tagsatzung hat das Ruhen des Verfahrens zur Folge. Der etwa erschienene Beklagte kann weder die Erlassung eines Versäumungsurtheiles, noch die Erstreckung der Tagsatzung zur Aufnahme der Verhandlung in der Hauptsache beantragen.

1. Wird die Klagebeantwortung nicht rechtzeitig eingebracht, so ist der Beklagte mit seinem Anbringen zur Haupt-

Digitized by Google

sache präcludiert und nurmehr mit seinen bei der ersten Tagsatzung angemeldeten Processeinreden zu hören.

Die Klagebeantwortung ist vorgeschrieben im Verfahren vor Gerichtshöfen (§ 243). Im Verfahren vor Bezirksgerichten ist zwar die Anordnung des Wechsels vorbereitender Schriftsätze in den sogenannten Punktensachen (§ 245, Z. 1) zulässig (§ 440). Eine Verpflichtung des Beklagten zur Beantwortung der Klage mittels vorbereitenden Schriftsatzes tritt jedoch auch in diesem Falle nicht ein (§ 440, Abs. 2).

2. Unterbleibt die Erstattung einer Beantwortungsschrift, oder langt dieselbe erst nach Ablauf der festgestellten Frist ein, so liegen die Voraussetzungen für Fällung eines Versäumungsurtheiles vor. Es muss jedoch dem Kläger überlassen bleiben, den Antrag hierauf zu stellen (Regierungsmotive, S. 258). Als verspätet ist die Klagebeantwortung anzusehen, wenn weder die vom Richter der ersten Tagsatzung hiezu bestimmte (oder erstreckte) Frist eingehalten, noch auch der Schriftsatz bis zu dem Tage der Ueberreichung des klägerischen Antrages auf Anordnung der mündlichen Streitverhandlung beim Gerichte eingebracht wird (Gertrscher, Gerichtszeitung 1894, S. 68).

Schuster von Bonnott, S. 252, 413, Schauer, S. 505, Neumann, Rechtsfälle, S. 7, sind der Ansicht, dass ein Präclusionsantrag des Klägers zum Eintritte der Versäumungsfolgen nicht nothwendig ist (vgl. § 241, Anm. 1). Im Verfahren vor Gerichtshöfen kann jedoch wegen nicht rechtzeitiger Ueberreichung der Klagebeantwortung ein Versäumungsurtheil gegen die arme Partei nicht erlassen werden, wenn das von ihr ohne Verzug nach Zustellung der Klage angebrachte Gesuch um Bewilligung des Armenrechtes noch keine Erledigung gefunden hat oder im Falle der Bewilligung des Armenrechtes für die arme Partei noch kein Advocat bestellt worden ist (§ 73).

Bis zum Antrage des Klägers auf Anordnung einer Tagsatzung oder bis zur Ueberreichung der Klagebeantwortung nach Ablauf der Frist ruht das Verfahren, jedoch ist keine der Parteien an die dreimonatliche Frist des § 168 gebunden.

3. Hat der Beklagte bei der ersten Tagsatzung keine Processeinrede angemeldet, so hat sich die über Antrag des Klägers anzuordnende mündliche Streitverhandlung auf das Vorliegen der Versäumnis und auf die vom Gerichte von amtswegen zu beachtenden nothwendigen Processvoraussetzungen: die Processfähigkeit (§ 1), die Legitimation des gesetzlichen Vertreters (§ 6) und Processbevollmächtigten (§ 37), die absolute Incompetenz (§§ 43, 104 J. N.), die Zulässigkeit des

Digitized by Google

Rechtweges (§ 42 J. N.), die Litispendenz (§ 233) und die entschiedene Streitsache (§ 411) zu beschränken. Kann der Kläger die diesbezüglichen Nachweisungen nicht beschaffen, so ist das Contumazbegehren mit Beschluss abzuweisen und die Tagsatzung von amtswegen zu erstrecken (§ 402). Hat der Beklagte solche Processeinreden, insbesondere die Einrede der relativen Incompetenz bei der ersten Tagsatzung angemeldet, so ist über dieselben bei der über Antrag des Klägers angeordneten Tagsatzung gemäß § 261 zu verhandeln und zu entscheiden, wobei auch die nothwendigen Processvoraussetzungen von amtswegen zu prüfen sind. Nach Verwerfung der Processeinreden muss über Antrag des Klägers sofort das Verfahren in der Hauptsache durch Fällung des Versäumungsurtheiles durchgeführt werden. Wurde bereits vor Ablauf der Frist zur Klagebeantwortung die abgesonderte Verhandlung über die Processeinreden beschlossen, was zu vermeiden ist, weil vor Erstattung der Klagebeantwortung noch nicht feststeht, ob es zu einer Verhandlung zur Hauptsache kommt, weil erst aus der Klagebeantwortung Inhalt und Umfang der Einreden zu erkennen sein wird, und weil möglicherweise bei unterbliebener Klagebeantwortung die Verhandlung über die Processeinreden ganz ausfällt (§ 243), so kann die Tagsatzung zur Erlassung des Versäumungsurtheiles nur über Antrag des Klägers und erst nach Rechtskraft des die Einreden verwerfenden Beschlusses (§ 261) angeordnet werden.

Um dies zu vermeiden, wird entweder die sofortige Aufnahme der Verhandlung zur Hauptsache zu beschließen (§ 261, Anm. 2) oder durch Beschluss die abgesonderte Verhandlung wieder aufzuheben sein.

4. In keinem Falle sind die vom Beklagten zur Hauptsache vorgebrachten Einwendungen zu berücksichtigen und es tritt Ruhen des Verfahrens ein, wenn der Kläger zur Verhandlung nicht erscheint oder den Antrag auf Erlassung des Versäumungsurtheiles nicht stellt. Nur wenn über Processeinreden des Geklagten zu verhandeln ist, wird derselbe über Ausbleiben des Klägers die Erstreckung der Tagsatzung zur Aufnahme der Verhandlung, oder die Anordnung einer Tagsatzung zu diesem Zwecke beantragen und die Entscheidung über diese Einreden herbeiführen können, auch wenn der Kläger keinen Antrag auf Anordnung der mündlichen Streitverhandlung gestellt hat.

§ 399. Wenn nach rechtzeitig überreichter Klagebeantwortung die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung anberaumt wurde und eine der Parteien diese oder eine spätere zur

Digitized by Google

mündlichen Streitverhandlung bestimmte Tagsatzung versäumt, so kann die erschienene Partei bei dieser Tagsatzung die Fällung des Urtheiles beantragen. Bei der Urtheilsfällung ist auf neues thatsächliches Vorbringen der erschienenen Partei, das mit dem Inhalte der von ihr überreichten Schriftsätze oder mit ihren früheren Erklärungen und thatsächlichen Angaben in Widerspruch steht, nur insoweit Bedacht zu nehmen, als dasselbe dem Gegner vor der Tagsatzung durch vorbereitenden Schriftsatz mitgetheilt wurde. Dagegen sind bei der Urtheilsfällung nicht bloß die Ergebnisse vorausgegangener Beweisaufnahmen, sondern auch die früheren Erklärungen und thatsächlichen Angaben der nunmehr säumigen Partei zu berücksichtigen, insofern die letzteren in überreichten vorbereitenden Schriftsätzen, im Verhandlungsprotokolle und dessen Anlagen oder im Protokolle beauftragter oder ersuchter Richter beurkundet sind oder den Gegenstand einer vom Gerichte bei einer früheren Tagsatzung verfügten Beweisaufnahme bilden.

Wird der Antrag, wegen Säumnis einer Partei in der Hauptsache das Urtheil zu fällen, zu einer Zeit gestellt, da über die bei der ersten Tagsatzung angemeldeten Einreden der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Unzuständigkeit des Gerichtes, der Streitanhängigkeit oder Rechtskraft eine abgesonderte Verhandlung anhängig ist, so kann die Urtheilsfällung erst nach Verwerfung dieser Einreden erfolgen.

1. Ein Urtheil, welches nach § 399 infolge Ausbleibens einer Partei von einer späteren Tagsatzung ergeht, darf nach Ansicht der Permanenzcommission des Herrenhauses nicht als Versäumnisurtheil bezeichnet werden, weil ein derartiges Ausbleiben die Partei nicht nothwendig einem Nachtheile aussetzt und alles von ihr früher Vorgebrachte, sofern es nur beurkundet ist, bei der Urtheilsfällung berücksichtigt werden muss (Motive des Herrenhauses, S. 12).

2. Die Voraussetzungen der Säumnis sind dieselben wie bei § 396, also zunächst ordnungsmäßige Ladung (§ 396, Anm. 2), welche jedoch auch an den Beklagten nicht mehr zu eigenen Handen zu erfolgen braucht und bei Erstreckung von Tagsatzungen in der Regel durch mündliche Verkündung zu geschehen hat (§§ 137, 181). Die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung in Erledigung der Klagebeantwortung ist so anzuberaumen, dass den Parteien von Zustellung der Ladung an mindestens eine Frist von 8 Tagen offen bleibt (§ 257).

3. Wann die Tagsatzung von einer Partei versäumt ist, wurde bei § 396, Anm. 3, erörtert. Im Verfahren vor Gerichtshöfen kann deswegen, weil die geklagte arme Partei bei der

Digitized by Google

ersten zur mündlichen Streitverhandlung bestimmten Tagsatzung ohne Advocaten erscheint, ein Versäumungsurtheil gegen dieselbe nicht erlassen werden, wenn das von ihr ohne Verzug nach Zustellung der Klage angebrachte Gesuch um Bewilligung des Armenrechtes noch keine Erledigung gefunden hat oder im Falle der Bewilligung des Armenrechtes für die arme Partei noch kein Advocat bestellt worden ist (§ 73).

4. Nach Ansicht des Ausschusses des Abgeordnetenhauses dürfte außer Zweifel gestellt sein, dass die Contumazialregel des § 399 einerseits nur anzuwenden ist, wenn die Klagebeanwortungsschrift rechtzeitig überreicht worden, also keiner der Versäumungsfälle der §§ 396, 398 vorliegt, dass es aber anderseits für ihre Anwendbarkeit gleichgiltig ist, ob eine Partei bei der ersten zur mündlichen Streitverhandlung bestimmten Tagsatzung ausbleibt oder erst bei einer später in der Rechtssache stattfindenden mündlichen Verhandlung.

Es ist ferner auch kein Zweifel möglich, dass der Inhalt der Klage und Klagebeantwortungsschrift durch das spätere Ausbleiben der Partei ebensowenig seine Bedeutung verlieren, als irgend welche bei einer früheren Tagsatzung von einer Partei abgegebene und entsprechend beurkundete mündliche Erklärung (Motive des Ausschusses, S. 41). Im Verfahren vor Bezirksgerichten zieht das Ausbleiben von der ersten zur mündlichen Verhandlung angeordneten Tagsatzung die Rechtsfolgen des § 396, das Ausbleiben von einer späteren Tagsatzung die Rechtsfolgen des § 399 nach sich.

5. Die Fällung des Urtheiles ist von dem Antrage der erschienenen Partei abhängig. Stellt die Partei diesen Antrag nicht, ohne trotz richterlicher Aufforderung zur Sache zu verhandeln, so ruht das Verfahren (§§ 133, 170). Verhandelt sie aber, so wird Erstreckung der Tagsatzung zu erfolgen haben und zur neuen Tagsatzung auch die ausgebliebene Partei zu laden sein.

Dies ist für das Verfahren vor Bezirksgerichten ausdrücklich vorgeschrieben (§ 442), wenn die erschienene Partei neue Thatsachen vorgebracht hat, welche bei der Urtheilsfällung berücksichtigt werden sollen. Dasselbe Recht wird der erschienenen Partei im Verfahren vor Gerichtshöfen zustehen, wenn sie neue Thatsachen und Beweise bei der Urtheilsfällung berücksichtigt wissen will, die dem ausgebliebenen Gegner noch nicht mitgetheilt worden sind; denn die Partei hat wohl das Recht, aber nicht die Pflicht (§ 258), neue Anträge, Angriffs- und Vertheidigungsmittel, Behauptungen und Beweise dem Gegner vor der Streitverhandlung schriftlich mitzutheilen,

Digitized by Google

sie kann dieselben in der mündlichen Streitverhandlung vorbringen (§ 179) und es wäre eine unberechtigte Härte, wenn das Ausbleiben des Gegners die Partei vor die Wahl stellen würde, entweder auf das neue Vorbringen zu verzichten oder durch drei Monate an der Fortsetzung der Verhandlung verhindert zu sein. Allerdings wird die erschienene Partei, um sich die Contumazfolgen für den Fall des neuerlichen Ausbleibens des Gegners zu sichern, vor der neuen Tagsatzung für die Zustellung eines die neuen Thatsachen enthaltenden Schriftsatzes an den Gegner zu sorgen haben.

6. Die im § 396 normierte Fiction eines Geständnisses trifft im Falle des § 399 nur insoweit zu, als das in den vorliegenden Acten beurkundete Verhalten der nachher säumigen Partei mit dieser Fiction nicht im Widerspruche steht.

Im allgemeinen erscheint die säumige Partei nur mit ihrem weiteren Vorbringen ausgeschlossen (§ 144) und auch dies nur dann, wenn die Streitverhandlung bei der Tagsatzung, in welcher der Contumazantrag gestellt wurde, geschlossen worden ist, während in dem Falle, dass ein Beweisbeschluss erlassen wird, das mündliche Vorbringen der Partei noch bis zum Schlusse der über die Beweisergebnisse angeordneten Verhandlung nachgetragen werden kann, wenn dieses Vorbringen nicht gemäß § 278 für unstatthaft erklärt wird. Für den Fall, dass zur Zeit des Antrages auf Erlassung eines Versäumnisurtheiles eine abgesonderte Verhandlung über Processeinreden anhängig ist, kann auf den Contumazialantrag nur eingegangen werden, wenn sich diese Einreden nach durchgeführter Verhandlung als unbegründet erweisen (Motive des Ausschusses, S. 41). Es wird sohin sowohl der Kläger als der Beklagte, wenn er über Ausbleiben des Gegners von der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung in der Hauptsache das Contumazbegehren gestellt hat, nach rechtskräftiger Verwerfung der Processeinreden gemäß § 261 die Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung in der Hauptsache beantragen und in dieser das Contumazbegehren wiederholen müssen.

§ 400. Die Bestimmungen der §§ 396 bis 399 sind auch dann anzuwenden, wenn eine der Parteien wegen unangemessenen Betragens aus dem Gerichtssaale entfernt wird.

Eine Partei kann wegen unangemessenen Betragens von der Verhandlung entfernt werden, wenn sie sich trotz Ermahnung einer Störung der Verhandlung schuldig gemacht hat, und ihr die Entfernung unter Erinnerung an die Rechtsfolgen

Digitized by Google

einer solchen Maßregel angedroht worden ist (§ 198). Das Versäumnisurtheil oder das Urtheil nach § 399 ist nicht nur von dem Antrage der Gegenpartei, sondern auch noch von der Erwägung des Gerichtes abhängig, ob die angedrohten Rechtsfolgen im gegebenen Falle in Anwendung zu bringen sind und die Partei als säumig zu behandeln ist. Findet das Gericht die Anwendung der Contumazfolgen nicht angemessen, so wird die Tagsatzung von amtswegen zu erstrecken sein, und zwar noch vor dem Antrage des Gegners auf Erlassung des Versäumnisurtheiles.

Die Entfernung des Processbevollmächtigten wegen ungehörigen Benehmens hat nach § 200 niemals Contumazfolgen, da in diesem Falle die amtswegige Erstreckung der Tagsatzung imperativ angeordnet ist.

§ 401. Der Umstand, dass die Tagsatzung von einer Partei versäumt wird, ändert nichts an der Anwendung der Bestimmungen, welche festsetzen, was das Gericht von amtswegen zu berücksichtigen hat, und enthebt auch den Gegner nicht der Verpflichtung, diejenigen Nachweisungen zu liefern, welche in Betreff der von amtswegen zu berücksichtigenden Umstände erforderlich sind.

Desgleichen steht die Säumnis einer Partei der Aufnahme von Beweisen vor dem erkennenden Gerichte, sowie dem Vortrage der Ergebnisse einer nicht vor dem erkennenden Gerichte erfolgten Beweisaufnahme nicht entgegen.

1. Von amtswegen sind zu berücksichtigen: von der Partei behauptete Ausschließungsgründe eines Richters (§ 22 J. N.), die absolute Unzuständigkeit (§§ 43, 104 J. N.), der Mangel der Processfähigkeit und der gesetzlichen Vertretung (§ 6), der Mangel der Vollmacht (§ 37).

Die Nachweisung dieser Umstände obliegt der erschienenen Partei, widrigens ihr Contumazbegehren abzuweisen und die Tagsatzung zu erstrecken ist (§ 402). Außerdem ist auch die Streitanhängigkeit, die Unzulässigkeit des Rechtsweges und die Rechtskraft eines die Streitsache betreffenden Urtheiles von amtswegen zu berücksichtigen (§ 240).

2. Mit der Beweisaufnahme ist, soweit dies nach Lage der Sache geschehen kann, vorzugehen, wenn auch keine der verständigten Parteien erschienen ist (§ 289). Das Ausbleiben einer Partei hindert das Gericht nicht, eine Ergänzung des von einem beauftragten oder ersuchten Richter aufgenommenen Beweises zu verfügen.

Digitized by Google

Die Ergebnisse einer nicht vor dem erkennenden Gerichte erfolgten Beweisaufnahme hat der Vorsitzende bei der mündlichen Verhandlung zu geeigneter Zeit darzulegen (§ 287).

Wenn zum Zwecke einer vor dem erkennenden Gerichte erfolgenden Beweisaufnahme eine Tagsatzung erstreckt werden muss, ist die Tagsatzung, in welcher die Beweisaufnahme erfolgen soll, zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung zu bestimmen (§ 281). Ist dies unterlassen worden, so kann in der lediglich zur Beweisaufnahme angeordneten Tagsatzung ein Versäumnisurtheil nicht erlassen werden.

§ 402. Der Antrag, wegen Säumnis einer Partei das Urtheil zu fällen (§§ 396, 398, 399), ist zurückzuweisen:

1. wenn der Nachweis fehlt, dass die nicht erschienene Partei zur Tagsatzung ordnungsmäßig geladen wurde;

2. wenn es bei Gericht offenkundig ist, dass die nicht erschienene Partei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen gehindert ist;

3. wenn die erschienene Partei die wegen eines von amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes vom Gerichte geforderte Nachweisung bei der Tagsatzung nicht zu beschaffen vermag.

Der Antrag, gegen Streitgenossen wegen Säumnis das Urtheil zu fällen, ist bei dem Vorhandensein einer nach § 14 zu beurtheilenden Streitgenossenschaft zurückzuweisen, wenn auch nur betreffs eines der Streitgenossen der Nachweis der Ladung fehlt oder eines der in Z. 2 angeführten Hindernisse obwaltet.

Wenn dem Antrage, wegen Säumnis einer Partei das Urtheil zu fällen, nicht stattgegeben wird, ist die Tagsatzung von amtswegen auf angemessene Zeit zu erstrecken und auch die säumige Partei zur neuen Tagsatzung wieder zu laden.

1. Der Inhalt des § 402 gilt für alle Fälle der §§ 396, 398, 399 und bestimmt die Voraussetzungen, unter welchen ein Antrag auf Fällung des Versäumnisurtheiles unzulässig ist.

Derselbe muss zurückgewiesen werden, wenn einer der Hinderungsgründe vorliegt. Die Entscheidung erfolgt mittels Beschlusses. Eine zurechenbare Versäumung ist vor allem gewiss dann nicht anzunehmen, wenn sich herausstellt, dass bei der Ladung solche Mängel unterliefen, welche nach Beschaffenheit des Falles nicht gestatten, die Partei als ordnungsmäßig verständigt anzusehen.

Dem muss es nach der Natur der Sache gleichgestellt werden, wenn ein Nachweis der Zustellung an die nicht erschienene Partei gänzlich mangelt, oder wenn die Ladung an

Digitized by Google

eine Person ergieng, welcher die Fähigkeit fehlt, zur Begründung des Processverhältnisses mitzuwirken und dergleichen (Regierungsmotive, S. 290).

Die Heilung des Mangels der ordnungsmäßigen Ladung gemäß § 196 ist wegen des Nichterscheinens der Partei unmöglich.

Das Erscheinen einer nicht ordnungsmäßig geladenen Partei drückt nur dann einen Verzicht auf die ordnungsmäßige Ladung aus, wenn sie verhandelt, ohne den Mangel zu rügen, nicht aber, wenn sie die Verhandlung verweigert.

2. Die Erlassung eines Versäumungsurtheiles erscheint zur Vermeidung von Wiedereinsetzungen unthunlich, wenn es schon zur Zeit der Tagsatzung offenkundig (§ 4, Anm. 2) ist, dass ein Wiedereinsetzungsgrund (§ 146) die Parteien am Erscheinen hindert. Sowohl das Naturereignis als der sonstige Zufall müssen unabwendbar (§ 146, Anm. 3) sein. Ist die Versäumung durch eigenes Verschulden oder das des Vertreters erfolgt, so findet Erstreckung der Tagsatzung nicht statt.

Hierher gehört auch der Fall des § 73, wenn eine arme Partei im Verfahren vor Gerichtshöfen ohne Verzug nach Zustellung der Klage um Bewilligung des Armenrechtes angesucht hat, für dieselbe aber noch kein Advocat bestellt ist.

3. Soweit das Gericht wegen eines von amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes (§ 401, Anm. 1) Mängel feststellt, welche die erschienene Partei überhaupt nicht zu beheben vermag, wird nicht Erstreckung der Tagsatzung, sondern Abweisung der Klage oder Einstellung des Verfahrens zu erfolgen haben. Nur wenn die erschienene Partei den Mängeln abzuhelfen vermag, hat sie dies, wenn möglich, sofort in der Tagsatzung zu thun und ist vom Gerichte hiezu aufzufordern.

Die Zurückweisung ihres Antrages auf Fällung des Versäumungsurtheiles und die Erstreckung der Tagsatzung hat nur dann zu erfolgen, wenn die erschienene Partei zwar den Mangel zu beheben vermag, jedoch nicht sofort in der Tagsatzung. In diesem Falle werden betreffs des Nachweises der Processfähigkeit, gesetzlichen Vertretung und Ermächtigung zur Processführung die Vorschriften der §§ 6, 7, betreffs der mangelnden Vollmacht die Vorschriften des § 37 zu beachten sein. Ob der Mangel die erschienene oder die nicht erschienene Partei trifft, ist einerlei.

Die Nachweisungspflicht trifft jene Partei, welche ihn zu beseitigen hat, um das Versäumnisurtheil zu erlangen.

4. Bei der gewöhnlichen Streitgenossenschaft steht der mangelnde Nachweis der Ladung eines der Streitgenossen oder

Digitized by Google

eines der unter Z. 2 angeführten Hindernisse betreffs eines des Streitgenossen der Fällung eines Versäumungsurtheiles gegen die anderen ordnungsmäßig geladenen Streitgenossen nicht im Wege. Nur wenn das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber einheitlich festgestellt werden muss (§ 14, Anm. 1), verlangt das Gesetz, dass das Versäumnisurtheil nur gegen alle zugleich erlassen werden darf.

§ 403. Wird der Antrag, wegen Säumnis einer Partei das Urtheil zu fällen, durch Beschluss zurückgewiesen, dieser Beschluss aber infolge Recurses aufgehoben, so kann das Urtheil ohne Anberaumung einer neuen Tagsatzung gefällt werden.

1. Die Zurückweisung des Antrages auf Erlassung des Versäumnisurtheiles kann im Recurswege angefochten werden. Die Berufungsinstanz hat nur darüber zu entscheiden, ob der Zurückweisungsbeschluss gerechtfertigt ist. Wird in höherer Instanz erkannt, dass das Gericht irriger Weise ein Hindernis für die Erlassung eines Versäumungsurtheiles angenommen habe, so muss der Anspruch auf Fällung des Versäumungsurtheiles, welcher der erschienenen Partei zustand, zur Geltung gelangen. Es kann demnach nicht gestattet werden, dass die Partei, welche früher ausgeblieben war, gegen den Willen der erschienenen Partei zugelassen wird, bei der neu bestimmten Tagfahrt das Versäumte nachzuholen (Regierungsmotive, S. 290).

2. Wenn der Richter durch die Recurserledigung vor die Nothwendigkeit gestellt wird, ein Versäumungsurtheil zu fällen, soll er sich je nach der Lage der Sache und nach den eventuellen Anträgen der Partei entscheiden können, ob er eine Tagsatzung zur Erlassung des Versäumungsurtheiles anberaumen, oder ob er ohne Tagsatzung und ohne Verursachung noch weiterer Kosten das Versäumungsurtheil fällen will (Motive des Ausschusses, S. 42). Eine besondere Verkündung des Urtheiles findet dann nicht statt und die schriftliche Ausfertigung desselben hat binnen 8 Tagen nach dem Einlangen der Acten zu erfolgen (§ 415). Wird eine Tagsatzung angeordnet, so ist auch die säumige Partei zu derselben zu laden, jedoch zur Verhandlung zur Hauptsache nicht zuzulassen, während von amtswegen zu berücksichtigende Umstände auch bei dieser Tagsatzung vorgebracht werden können.

Urtheilsinhalt.

§ 404. Das in der Hauptsache gefällte Urtheil hat alle die Hauptsache betreffenden Anträge zu erledigen, sofern nicht über einzelne dieser Anträge bereits früher entschieden wurde oder dieselben einer abgesonderten Erledigung vorbehalten werden.

Digitized by Google

Mehrere Rechtsstreitigkeiten zwischen denselben Parteien, welche nach § 187 zu gemeinsamer Verhandlung verbunden wurden, sind durch dasselbe Urtheil zu entscheiden, wenn die Verbindung der Verhandlung nicht schon vor Fällung des Urtheiles aufgehoben oder über einen der verbundenen Processe gemäß § 390 durch besonderes Urtheil entschieden wurde.

1. Der Urtheilsinhalt ist verschieden, je nachdem die Klage abgewiesen oder dem Klagebegehren ganz oder theilweise stattgegeben wird. In einem wie in dem anderen Falle sind alle Sachanträge (§ 78, Anm. 2), mögen dieselben Ansprüche des Klägers, Gegenansprüche des Beklagten oder Feststellungsanträge im Sinne der §§ 236, 259 sein, zu erledigen, also entweder abzuweisen oder zuzusprechen, wobei zulässige Aenderungen und Einschränkungen im Laufe des Rechtsstreites zu berücksichtigen sind.

Desgleichen ist über die Nebenverbindlichkeiten (§ 405), über die Processkosten (§ 52) und über den Entschädigungsbetrag im Sinne des § 408 zu entscheiden, wenn diesbezüglich ein Antrag vorliegt.

Wird ein Antrag übergangen, so kann die Ergänzung des Urtheiles beantragt werden (§ 423). Wurden die Sachanträge nicht vollständig erledigt, so ist die Sache vom Berufungsgerichte an das Processgericht erster Instanz zur Urtheilsfällung zurückzuweisen (§ 496). Besondere Bestimmungen über den Inhalt des Urtheiles trifft § 553 für das Mandatsverfahren, § 559 für das Wechselverfahren, § 572 für das Verfahren über Einwendungen im Bestandverfahren. Es ist nämlich im Urtheile auszusprechen, ob der Zahlungsauftrag, die Aufkündigung oder der Auftrag zur Uebergabe oder Uebernahme des Bestandgegenstandes aufrecht erhalten bleibe oder ob und inwieferne derselbe aufgehoben werde. In dem Urtheile über eine Klage gegen die Meistgebotsvertheilung oder die Vertheilung der Ertragsüberschüsse (§§ 128, 233 E. O.) ist auch ohne ein darauf gerichtetes Begehren zu bestimmen, welchem Gläubiger der streitige Theil der Masse auszuzahlen sei.

Das Urtheil ist weiters entweder ein Anerkennungsurtheil oder ein Urtheil auf Leistung, bei letzterem ist auch die Frist zur Leistung zu bestimmen (§ 409).

2. Ist über einzelne der Anträge bereits durch Theilurtheil (§§ 391, 394) oder durch Zwischenurtheil (§ 393) entschieden worden, so kann bei Erlassung des Theilurtheiles die Entscheidung über die Processkosten (§ 52) und über die Nebenforderungen (§ 392), bei Erlassung des Zwischenurtheiles der Ausspruch über die Processkosten (§ 393) dem Endurtheile vor-

Digitized by Google

behalten bleiben, was in dem Theil- oder Zwischenurtheile auszusprechen ist. In diesem Falle ist in dem Endurtheile auch über diese seiner Entscheidung vorbehaltenen Ansprüche abzusprechen.

3. Im Falle der Verbindung mehrerer Rechtsstreitigkeiten (§ 187) kann die Entscheidung über alle Ansprüche nur dann einheitlich erfolgen, wenn dieselben zwischen denselben Parteien anhängig sind (§ 187), wenn alle gleichzeitig zur Endentscheidung reif sind (§ 390) und wenn die Verbindung der Verhandlung nicht wieder aufgehoben worden ist (§ 192).

4. Wird in einem Urtheile ein Gegenstand zuerkannt, der nicht in einem Geldbetrage besteht, so ist zugleich auszusprechen, dass sich der Beklagte durch Zahlung des alternativ geforderten Geldbetrages von der Leistung dieses Gegenstandes befreien könne (§ 410). Auch die Verurtheilung zu einer Leistung gegen eine Zug um Zug zu gewährende Gegenleistung erscheint zulässig (§ 8 E. O.).

Der Klageanspruch kann entweder für immer oder für derzeit zurückgewiesen werden (dilatorische Einwendungen).

§ 405. Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Dies gilt insbesondere von Früchten, Zinsen und anderen Nebenforderungen.

Nicht die thatsächliche Begründung der Klage, sondern der darin gestellte Antrag entscheidet über die Grenzen, innerhalb deren sich der richterliche Ausspruch zu bewegen hat. Bei der großen Bedeutung, die den Klagsanträgen zukommt, kann es nicht auf den aus seinem sonstige Vorbringen etwa zu ermittelnden vermuthlichen Willen des Klägers, sondern nur auf den von ihm zum Ausdrucke gebrachten, nicht auf dem zwar beabsichtigten, aber unterlassenen, sondern nur auf den wirklich gestellten Klageantrag ankommen (R. G. Leipzig, Fuchsberger, S. 490).

Ueber den Klageantrag hieraus wird nicht erkannt, wenn quantitativ oder qualitativ ein minus zuerkannt wird. Beansprucht der Kläger bei alternativen Ansprüchen das Wahlrecht, so ist nur ein minus zuerkannt, wenn der Beklagte zur Gewährung nach seiner Wahl verurtheilt wird (Rassow und Künzel, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 30, S. 520). Wird der Beklagte statt zur beanspruchten alternativen Leistung nach eigener Wahl zur unbedingten Leistung der einen Alternative verurtheilt, so wird über das Begehren hinaus entschieden. Auch bei Theilungs- und Grenzberichtigungsklagen gilt der Grundsatz des § 405.

Digitized by Google

In der Subsumption des der richterlichen Entscheidung von den Parteien unterbreiteten Materials unter die zutreffende Gesetzesvorschrift ist der Richter durch die Rechtsausführungen der Parteien in keiner Weise beschränkt (O. L. G. Bamberg, Fuchsberger, S. 490).

Bezüglich der Processkosten bedarf es keines Antrages. Die rechtzeitige Einlegung des Kostenverzeichnisses (§ 52) vor Schluss der der Entscheidung unmittelbar vorangehenden Verhandlung (§ 54) genügt.

§ 406. Die Verurtheilung zu einer Leistung ist nur zulässig, wenn die Fälligkeit zur Zeit der Urtheilsschöpfung bereits eingetreten ist. Bei Ansprüchen auf Alimente kann auch zu Leistungen verurtheilt werden, welche erst nach Erlassung des Urtheiles fällig werden.

Aus dem mit dem Zeitpunkte der Rechtshängigkeit verknüpften Verbote der Klageänderung (§ 235) folgt, dass (abgesehen von dem Falle einer vom Kläger gestatteten oder sonst zulässigen Klageänderung) die Existenz des beanspruchten Rechts in der Person des Klägers zur Zeit der Klageerhebung Voraussetzung der Verurtheilung ist, und dass der spätere Erwerb des Rechts im Laufe des Processes die Verurtheilung nicht herbeiführen kann (Savigni, System 6, § 262, S. 65 ff.); hinsichtlich sonstiger factischer Veränderungen — insbesondere auch bei Eintritt der Bedingung oder der Fälligkeit bedingter oder betagter Ansprüche, überhaupt für die Bedingungen der actio nata — ist der Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Urtheile entscheidend (Savigni a. a. O. S. 73 ff.). Durch diese Regel werden Feststellungsklagen auf Anerkennung eines erst in Zukunft fällig werdenden Rechtes (§ 228) nicht ausgeschlossen.

Bei Klagen auf Leistung des Unterhaltes (Alimente) der Gattin (§ 91 a. b. G. B.), der Kinder (§§ 139, 141, 142, 143, 166—171 a. b. G. B.), infolge letztwilliger Verfügung (§ 672 a. b. G. B.), des Pflichttheilsberechtigten (§ 795 a. b. G. B.), des überlebenden Ehegatten (§ 796 a. b. G. B.), wegen Körperverletzung, Tödtung oder Freiheitsentziehung (§§ 1325—1329 a. b. G. B.) ist jedoch die Geltendmachung der noch nicht fälligen Alimentationsansprüche zulässig.

§ 407. Bei Verurtheilung zur Entrichtung einer Geldrente wegen Tödtung, Körperverletzung oder Freiheitsentziehung kann das Gericht, wenn eine Sicherstellung der künftigen Zahlungen offenbar nothwendig erscheint, auf Antrag im Urtheile auch auf Sicherheitsleistung erkennen. Wenngleich im Processe ein solcher Antrag nicht gestellt wurde, kann der Berechtigte nach-

Digitized by Google

träglich im Wege der Klage Sicherheitsleistung verlangen, falls die Vermögensverhältnisse des Verpflichteten sich inzwischen erheblich verschlechtert haben.

Unter derselben Voraussetzung kann der Berechtigte eine Erhöhung der im Urtheile bestimmten Sicherheit mittels Klagebegehren.

Die Entrichtung einer Geldrente wegen Körperverletzung ist vorgesehen im § 1325 a. b. G. B., wenn der Beschädigte zum Erwerbe unfähig wird. Erfolgt aus einer körperlichen Verletzung der Tod, so muss der hinterlassenen Frau und den Kindern des Getödteten das ersetzt werden, was ihnen dadurch entgangen ist (§ 1327 a. b. G. B.). Dasselbe gilt gemäß § 1329 a. b. G. B. für den Fall der dauernden Freiheitsberaubung.

Zur Sicherung von Ansprüchen auf Gewährung des Unterhaltes ist nach § 372 E. O. die Execution jeweils nur für den Betrag der in einem Jahre fällig werdenden Unterhaltsraten und nur dann zulässig, wenn wegen Hereinbringung verfallener Unterhaltsraten schon einmal Execution geführt werden musste.

In den oben angeführten Fällen kann jedoch der Kläger sein Sachbegehren neben der Verurtheilung zur Alimentation auch auf Verurtheilung zur Sicherstellung im Sinne des § 56 stellen und das Gericht hat über diesen Antrag wie über jeden anderen Sachantrag (§ 404) zu entscheiden. Wird der Antrag abgewiesen, so kann er nachträglich mit besonderer Klage wiederholt werden, wenn sich die Vermögensverhältnisse inzwischen erheblich verschlechtert haben.

Unter denselben Verhältnissen ist ein solcher nachträglicher Antrag auch dann zulässig, wenn er in der Klage nicht gestellt worden ist. In der Vereinfachung und Erleichterung der gerichtlichen Verfolgung dieser Sicherstellungsansprüche liegt der Kern der Neuerung; ihre materiellrechtliche Bedeutung ist geringer, denn Sicherstellung wiederkehrender Leistungen konnte auf Grund rechtskräftigen Urtheiles unter gewissen Bedingungen schon heute erlangt werden (Motive des Herrenhauses, S. 7).

§ 408. Findet das Gericht, dass die unterliegende Partei offenbar muthwillig Process geführt hat, so kann es dieselbe auf Antrag der siegenden Partei zur Leistung eines entsprechenden Entschädigungsbetrages verurtheilen.

Durch die Verhandlung über diesen Antrag darf die Entscheidung in der Hauptsache nicht aufgehalten werden.

Bei Bestimmung des Entschädigungsbetrages ist auf die Vorschrift des § 273 Bedacht zu nehmen.

Die Verurtheilung zu einer Entschädigung wegen muthwilliger Processführung ist von einem Antrage abhängig, der sowohl vom Kläger als vom Beklagten, und zwar ohne die für

Digitized by Google

eine Klageänderung nothwendigen Voraussetzungen (§ 235) bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung gestellt werden kann. Die Beschränkung auf die Fälle offenbaren Muthwillens erklärt sich daraus, dass nur diese Fälle dem Richter leicht greifbar sind, während die Fälle bloß culposer Processführung ihrer Natur nach schwer gefasst werden können (Motive des Herrenhauses, S. 8).

Der Muthwille muss ein offenbarer sein, er muss aus der Verhandlung zur Hauptsache selbst hervorgehen und es darf diese Verhandlung durch die zur Feststellung des Muthwillens und des Ersatzbetrages erforderlichen Verhandlungen und Beweisaufnahmen nicht aufgehalten werden.

Die Festsetzung des Ersatzbetrages hat nach § 273 nach freiem Ermessen zu erfolgen und es wird die Einvernahme der Partei über die diesbezüglich maßgebenden Umstände zulässig sein, wenn dadurch das Verfahren nicht aufgehalten wird. Der Entschädigungsprocess wird hier vor demselben Richter durchgeführt, der in der Hauptsache zu entscheiden hat und deshalb alle für den weiteren Anspruch maßgebenden Verhältnisse von vornherein genau kennt. Es wird dies die Verhandlung auch inhaltlich verkürzen und die nothwendigen Beweisführungen beträchtlich verringern (Motive des Herrenhauses, S. 8).

§ 409. Wenn in einem Urtheile die Verbindlichkeit zu einer Leistung auferlegt wird, ist zugleich auch die Frist für diese Leistung zu bestimmen. Diese Frist beträgt, sofern in diesem Gesetze nicht etwas anderes bestimmt ist, vierzehn Tage.

Wird jedoch die Pflicht zur Verrichtung einer Arbeit oder eines Geschäftes auferlegt, so hat das Gericht zur Erfüllung der Verbindlichkeit mit Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Verpflichteten eine angemessene Frist zu bestimmen. Hiebei ist insbesondere auch darauf zu achten, dass der Verpflichtete durch die zu verrichtende Handlung nicht an der rechtzeitigen Vornahme der Saat-, Schnitt- oder Weinlesearbeiten gehindert wird.

Die Fristen beginnen mit dem Tage nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheiles.

Die Frist zur Erfüllung der urtheilsmäßig zugesprochenen Leistung ist im Urtheile immer auszusprechen, weil die Verbindlichkeit zur Leistung nicht mit der Rechtskraft des Urtheiles, sondern mit dem Ablaufe der Leistungsfrist nach Rechtskraft des Urtheiles eintritt. Ist die Klage nur auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder Rechtes gerichtet, so muss doch betreffs der zugesprochenen Processkosten die Leistungsfrist im Urtheile ausgesprochen werden.

Digitized by Google

Die Leistungsfrist ist keine Processfrist, auf dieselbe finden die Vorschriften über Fristerstreckungen keine Anwendung (§ 128, Anm. 2) und wird dieselbe durch die Gerichtsferien nicht gehemmt (§ 225).

Bei Zahlungsaufträgen im Mahnverfahren (§ 6 Ges. v. 27. April 1873, Nr. 67 R.-G.-Bl.), im Mandatsverfahren (§ 550) im Wechselverfahren (§ 559) beginnt die Leistungsfrist mit der Zustellung. Im Wechselverfahren beträgt die Leistungsfrist drei Tage (§ 555 557).

Die Vorschrift, dass die Leistungsfrist vom Gerichte zu bestimmen sei, gilt auch für den Endbeschluss im Besitzstörungsverfahren (§ 459), doch ist hier die Leistungsfrist nicht von der Rechtskraft des Beschlusses, sondern von der Zustellung desselben zu berechnen, weil der Recurs die Execution nicht hemmt (§ 524).

Die Bestimmungen über die Räumungsfristen im Bestandverfahren enthält der § 573. Vor Ablauf der Leistungsfrist kann die Execution nicht bewilligt werden (§ 7 E. O.). Es ist jedoch die Execution zur Sicherstellung nach Vorschrift der §§ 370 ff. E. O. zulässig. Die Rechtskraft des Urtheiles richtet sich nach § 411.

§ 410. Wird in einem Urtheile ein Gegenstand zuerkannt, der nicht in einem Geldbetrage besteht, so ist zugleich auszusprechen, dass sich der Beklagte durch Zahlung des Geldbetrages, welchen der Kläger in der Klage oder während der Verhandlung anstatt dieses Gegenstandes anzunehmen sich bereit erklärt hat, von der Leistung dieses Gegenstandes befreien könne.

Wenn die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes vom Werte des Streitgegenstandes abhängt und die Klage nicht auf eine Geldsumme gerichtet ist, sind in die Klage auch die erforderlichen Angaben über den Wert des Streitgegenstandes aufzunehmen (§ 226). Dies kann nach § 56 J. N. derart geschehen, dass sich der Kläger zur Annahme einer bestimmten Geldsumme an Stelle der angesprochenen Sache erbietet oder dass er den Wert des Streitgegenstandes in der Klage angibt, was insbesondere von Feststellungsklagen gilt. Nur im ersteren Falle ist, gleichwie bei einem alternativen Begehren, dem Beklagten im Urtheile die Wahl zu lassen, ob er den Gegenstand oder die statt dessen begehrte Geldsumme leisten wolle.

Auch im Laufe des Processes (§ 235) steht es dem Kläger frei, statt des begehrten Gegenstandes das Interesse zu fordern oder die Wahl dem Beklagten zu überlassen. Das Wahlrecht steht dem Schuldner auch noch im Executionsverfahren zu (§ 12 E. O.).

Digitized by Google

Auch in diesem Falle wird die Vorschrift des § 410 zur Anwendung kommen.

Rechtskraft des Urtheiles.

§ 411. Durch ein Rechtsmittel nicht mehr anfechtbare Urtheile sind der Rechtskraft insoweit theilhaft, als in dem Urtheile über einen durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch oder über ein im Laufe des Processes streitig gewordenes Rechtsverhältnis oder Recht entschieden ist, hinsichtlich dessen gemäß §§ 236 oder 259 die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens begehrt wurde. Die Entscheidung über den Bestand oder Nichtbestand einer vom Beklagten zur Compensation geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft nur bis zur Höhe des Betrages theilhaft, mit welchem aufgerechnet werden soll.

Die Rechtskraft des Urtheiles ist von amtswegen zu berücksichtigen.

1. Man unterscheidet zwischen formeller und materieller Rechtskraft des Urtheiles. Steht gegen ein Urtheil ein Rechtsmittel nicht mehr zu, weil die Parteien auf dasselbe verzichtet, dasselbe versäumt haben oder der Rechtszug erschöpft ist, so ist dieses Urtheil formell rechtskräftig..

Die über den Rahmen des entschiedenen Rechtsstreites hinausreichende Wirkung der formellen Rechtskraft eines Urtheiles, welche in Theorie und Praxis als materielle Rechtskraft bezeichnet wird, besteht im allgemeinen darin, dass das abgeurtheilte Rechtsverhältnis für immer festgestellt ist, indem für dasselbe nunmehr ausschließlich und unbedingt der Inhalt des rechtskräftigen Urtheiles maßgebend ist, dessen Wirksamkeit somit für alle Zukunft gesichert bleibt. Jede Partei ist hienach befugt, den materiellen Inhalt des rechtskräftigen Urtheils, welches als absolut verbindliche Norm für sie gilt, für sich geltend zu machen, so dass die Erneuerung der processualischen Verhandlung über das durch das Urtheil festgestellte Rechtsverhältnis theils abgewiesen werden kann, theils überflüssig wird (Unger, II, S. 620).

Außer den Urtheilen sind auch die Zahlungsaufträge im Mandatsverfahren (§ 548), im Wechselverfahren (§ 557), die Zahlungsbefehle im Syndicatsprocesse (§ 19 Ges. v. 12. Juli 1872, Nr. 112 R.-G.-Bl.), im Mahnverfahren (Ges. v. 27. April 1873, Nr. 67 R.-G.-Bl.) — vergleiche jedoch § 17 dieses Gesetzes — ein Schiedsspruch (§ 594), der Endbeschluss im Besitzstörungsverfahren (§ 459) der Rechtskraft fähig und können die Grundlage der Einrede der entschiedenen Streitsache (§ 240) sein.

Digitized by Google

Die Unterscheidung zwischen absoluter — betreffs aller Parteien — und relativer — betreffs einer Partei — wirksamer Rechtskraft dürfte nur mit Rücksicht auf die Vorschriften der §§ 462, 497 Bedeutung haben, sofern das erstrichterliche Urtheil im Instanzenzuge nur soweit abgeändert werden darf, als eine Abänderung beantragt ist. Inwieweit das Urtheil der unteren Instanz als nicht angefochten zur Execution geeignet ist, hat das Berufungsgericht auf Antrag noch vor der Entscheidung über die Berufung auszusprechen (§ 490). Dem nichtigen Urtheile kommt die Rechtskraft so lange zu, bis dasselbe infolge einer Nichtigkeitsklage aufgehoben ist (§§ 529 ff.).

Ist die Rechtssache der inländischen Gerichtsbarkeit oder doch den ordentlichen Gerichten entzogen und wird der Mangel erst nach rechtskräftigem Abschlusse des Verfahrens offenbar, so ist auf Antrag der obersten Administrativbehörde vom Obersten Gerichtshofe die Nichtigkeit auszusprechen (§ 42 J. N.).

Eine gerichtliche oder außergerichtliche Aufkündigung oder ein Auftrag zur Uebernahme oder Uebergabe des Bestandgegenstandes, wider welche nicht rechtzeitig Einwendungen erhoben wurden, desgleichen die über solche Einwendungen ergangenen rechtskräftigen Urtheile treten, vorbehaltlich des über den Kostenersatz ergangenen Ausspruches, außer Kraft, wenn nicht binnen 14 Tagen nach dem Eintritte der in diesen Aufträgen oder im Urtheile bestimmten Zeit Execution beantragt wird (§ 575). Zahlungsbefehle im Mahnverfahren treten sechs Monate nach der Zustellung außer Kraft (§ 17, Ges. vom 27. April 1873, Nr. 67 R.-G.-Bl.).

2. Die Entscheidung des Gerichtes kann nicht weiter reichen, als es zur Entscheidung angerufen wurde (§ 405). Daraus ergibt sich von selbst, dass bei der Abgrenzung der Tragweite der Entscheidung nur die über die Ansprüche der Parteien erfolgte Entscheidung in Betracht kommen kann. Sehr häufig wird es sich hiebei nur um Ansprüche des Klägers handeln. In manchen Fällen aber, insbesondere auch bei Theilungen, Grenzerneuerungen u. s. w. wird daneben über Ansprüche des Beklagten zu entscheiden sein. Inwieweit letzteres zulässig, muss nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes und den sonstigen Vorschriften der Processordnung beurtheilt werden (Regierungsmotive, S. 291). Das Urtheil hat nicht die Aufgabe, Processstoff, sondern einen Rechtsanspruch zu erledigen. Nur zum Zwecke der Erledigung dieses Anspruches bildet sich der Richter über die Thatsachen, von denen nach seiner Auffassung die Begründetheit des Anspruches abhängt, seine Ansicht. Die Ausführungen des Richters darüber, ob eine für einen Rechts-

38*

Digitized by Google

anspruch erhebliche Thatsache für wahr oder für rechtswirksam zu erachten sei oder nicht, bilden nur die Grundlage, auf welcher das richterliche Urtheil beruht, nicht aber den Gegenstand und Inhalt desselben. Die Ausführungen selbst vermögen nicht in Rechtskraft überzugehen.

Bei Geltendmachung eines anderen Anspruches, für welchen dieselben juristischen Thatsachen von Erheblichkeit sind, bedarf es also einer erneuerten selbständigen Prüfung dieser Thatsachen. Der durch diese Gesetzesnorm im § 411 herbeigeführte Missstand, dass nun in einem späteren Processe Streitigkeiten, Beweiserhebungen über solche Thatsachen herbeigeführt werden könnten, welche zwar nicht den Gegenstand und Inhalt des im Vorprocesse endgiltig entschiedenen Klage- oder Widerklageanspruches, wohl aber die factische Grundlage für den Schluss auf das Entstehen oder den Fortbestand eines Rechtsverhältnisses bildeten, das den geltend gemachten Anspruch selbst bedingt oder ihn präjudiciert, wurde hiebei von der Gesetzgebung keineswegs außeracht gelassen. Das Mittel zur möglichen Beseitigung dieses Missstandes ist den Parteien durch die Vorschrift der §§ 236, 259 gegeben, indem es denselben gestattet ist, ein im Laufe des Processes etwa streitig gewordenes Rechtsverhältnis oder Recht förmlich durch richterliche Entscheidung urtheilsmäßig feststellen zu lassen, und so die Möglichkeit der Rechtskraft einer im Processe ergangenen, sonst nur in die Gründe verlegten Entscheidung herbeizuführen (R. G. Leipzig, VII, S. 354).

3. Bloß diejenige richterliche Entscheidung erlangt die Rechtskraft, welche in den Urtheilssatz selbst oder in die sogenannte Urtheilsformel aufgenommen worden ist (Oberstes L. G. f. Bayern, Fuchsberger, S. 512). Urtheile, welche eine Entscheidung über den streitigen Anspruch überhaupt nicht enthalten, weil z. B. die Klage den Anforderungen des § 226 (bestimmtes Begehren) nicht entspricht, erlangen die materielle Rechtskraft nicht. Wird der Klageanspruch nur für derzeit abgewiesen, so kann die Einwendung der entschiedenen Streitsache nur dann von Wirkung sein, wenn ihre Nativität auf den gleichen Thatsachen, wie bei der ersten Klage beruht. Die positive sowie die negative Feststellungsklage (Zwischenantrag auf Feststellung) verfolgen denselben Zweck: das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festzustellen. Es kann daher für die Wirkung des rechtskräftigen negativen Urtheiles bei der negativen Feststellungsklage so wenig wie bei der positiven einen Unterschied machen, ob der Klage entsprochen oder ob die Klage abgewiesen ist. In beiden Fällen ist nach Wort und Sinn des § 228 das Rechtsverhältnis unab-

Digitized by Google

änderlich festgestellt, ein neuer Rechtsstreit über das Bestehen oder Nichtbestehen dieses Rechtsverhältnisses mithin ausgeschlossen. Das Urtheil, welches die negative Feststellungsklage nicht wegen Mangels des Interesses, sondern als sachlich unbegründet abweist, enthält in sich die Feststellung des Bestehens des Rechtsverhältnisses (R. G. Leipzig, XXIX, S. 345).

Wenn die Abweisung einer Negatorienklage auf der Feststellung des von der Klage bestrittenen Rechtes beruht, so ist dieses Recht Streitgegenstand geworden und in Bezug auf dieses Recht materielle Rechtskraft eingetreten. Wird indess eine Negatorienklage abgewiesen, weil Kläger nicht Eigenthümer sei, so ist hiedurch nicht res judicata für die Entscheidung über das Eigenthum gegeben (R. G. Leipzig, XI, S. 384). In diesen Fällen ist der Umfang der materiellen Rechtskraft mit Hilfe der Entscheidungsgründe festzustellen.

4. Die Entscheidung des Gerichtes über dasjenige Vorbringen, das von den Parteien zur Begründung oder Bekämpfung des Anspruches gemacht wird, also namentlich über eigentliche Einreden, Repliken, ist nicht geeignet, Rechtskraft zu erlangen. Nur eine scheinbare Ausnahme besteht hinsichtlich der Compensationseinrede, denn in diesem Falle wird in Wahrheit über den Bestand eines Anspruches des Beklagten erkannt (Regierungsmotive, S. 291). Voraussetzung der materiellen Rechtskraft einer Entscheidung über eine Gegenforderung ist, dass dieselbe über das Bestehen oder Nichtbestehen erfolgt ist. Wird die Einrede aus anderen Gründen, z. B. Mangel der Compensabilität abgewiesen, so tritt materielle Rechtskraft nicht ein. Dass eine Entscheidung über die Compensationseinrede in den Urtheilstenor aufzunehmen sei, ist nirgends vorgeschrieben, es wird daher auch hier auf die Gründe zurückzugehen sein, um den Umfang der Rechtskraft bezüglich der Compensationseinrede zu prüfen. Die Bestimmung bezieht sich sowohl auf das Bestehen, als auch auf das Nichtbestehen der Gegenforderung. In beiden Fällen soll die Rechtskraft bloß den Betrag ergreifen, mit welchem aufgerechnet worden ist. Der Ueberschuss der Forderung kann in einem neuen Processe ganz so zur Entscheidung kommen, wie wenn die frühere Entscheidung nicht vorhanden wäre.

Wenn das Gericht im Vorprocesse das Bestehen der ganzen Gegenforderung prüft und befindet, so ertheilt es zwar einen Ausspruch über die ganze Gegenforderung, im Urtheile wird aber immerhin lediglich über den aufgerechneten Theil der Gegenforderung entschieden (R. G. Leipzig, Fuchsberger, S. 516).

Die bloße Geltendmachung im Wege der Einrede schafft höchstens Rechtskraft rücksichtlich des zur Aufrechnung ge-

Digitized by Google

brachten Betrages, gleichviel ob derselbe zugesprochen oder aberkannt wird (R. G. Leipzig, XVI, S. 355). Ein Urtheil, welches die Klageforderung, ohne das Bestehen derselben festzustellen, lediglich wegen der eventuellen Compensationseinrede abweist, soll nicht erlassen werden. Würde ein solches Urtheil rechtskräftig, so wäre damit allerdings über das Bestehen der Gegenforderung, nicht aber über das der Forderung endgiltig entschieden (Wilmowski, S. 527).

5. Zur Begründung der entschiedenen Streitsache ist Identität des Streitgegenstandes (§ 233, Anm. 2) und der Streitparteien erforderlich. Ausnahmsweise erstreckt sich die materielle Rechtskraft auch auf andere Personen (§ 240, Anm. 2). Die von amtswegen zu berücksichtigende Rechtskraft wird gemäß § 261 durch Beschluss entschieden.

Urtheilsfällung, Urtheilsverkündung und Zustellung des Urtheiles.

§ 412. Das Urtheil kann nur von denjenigen Richtern gefällt werden, welche an der dem Urtheile zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung theilgenommen haben.

Muss vor der Urtheilsschöpfung eine Aenderung in der Person des Vorsitzenden oder eines der übrigen Senatsmitglieder eintreten, so ist die mündliche Verhandlung vor dem geänderten Senate mit Benützung der Klage, der zu den Acten gebrachten Beweise und des Verhandlungsprotokolles von neuem durchzuführen.

Die Parteien verhandeln über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte (§ 176). Das Urtheil ist auf Grund der mündlichen Verhandlung zu fällen (§ 414). Die nothwendige Folge dieser Bestimmungen ist, dass das Urtheil auch nur von jenen Richtern gefällt werden kann, welche an der Verhandlung theilgenommen haben.

Zu Verhandlungen von längerer Dauer können vom Vorsitzenden Ergänzungsrichter beigezogen werden, welche an der Verhandlung theilnehmen und im Falle der Verhinderung eines Mitgliedes des Senates einzutreten haben (§ 9 J. N.). Die Vorschrift des § 412 findet sinngemäß auch auf Beschlüsse Anwendung (§ 425). Im Gegensatze zur Fällung kann die Verkündung des Urtheiles auch durch andere Richter erfolgen. Ein Wechsel in der Person des Schriftführers ist ohne Einfluss. Die Vorschrift gilt auch für Bezirksgerichte (§ 431). Ist einer der Richter an der Urtheilsfällung (Beschlussfassung) gehindert, so ist die mündliche Verhandlung von neuem durchzuführen, nicht bloß das Ergebnis der früheren mündlichen Verhandlungen von dem Vorsitzenden mündlich vorzuführen (§ 138). Die bisher

Digitized by Google

ergangenen und verkündeten Beschlüsse, insbesondere die Beweisbeschlüsse, bleiben bestehen, solange sie von dem neu besetzten Senate nicht abgeändert oder aufgehoben werden.

Zwischenurtheile bleiben auch für den neuen Senat bindend (§ 393, Anm. 1).

Eine Wiederholung der bereits aufgenommenen Beweise ist nicht nothwendig, jedoch nach § 286 zulässig. Wird vom Berufungsgerichte das Urtheil erster Instanz wegen Unzuständigkeit aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung an das zuständige Gericht verwiesen, so ist die neuerliche Verhandlung auf Grund des über die erste Verhandlung aufgenommenen Verhandlungsprotokolles und aller sonstigen an das Berufungsgericht gelangten Processacten durchzuführen. Die neuerliche Verhandlung ist im Sinne des § 138 durchzuführen. Alle bei der ersten Verhandlung abgelegten Geständnisse und alle sonstigen Erklärungen behalten jedoch ihre Wirksamkeit für die neuerliche Verhandlung (§ 476).

§ 413. Die Berathung und Abstimmung der Richter ist nicht öffentlich. In schwierigeren Fällen kann der Vorsitzende für diese Berathung einen Berichterstatter bestellen.

Den Vorgang bei der Berathung und Abstimmung regeln die §§ 9 bis 14 J. N. Sowie im Strafprocesse, so kann man auch im Civilprocesse an der Verhandlung und Beschlussfassung die Richter nur in der gesetzlich bestimmten Anzahl theilnehmen lassen. Ergänzungsrichter dürfen an der Berathung und Abstimmung nicht theilnehmen, so lange sie nicht eingetreten sind. Der Vorsitzende leitet die Abstimmung, sowie die derselben etwa vorausgehende Berathung. Der etwa bestellte Berichterstatter gibt seine Stimme zuerst, der Vorsitzende zuletzt ab. Außerdem stimmen die dem Dienstrange nach älteren Richter vor den jüngeren. Der Laienrichter hat seine Stimme unmittelbar nach dem Berichterstatter, wenn kein solcher bestellt ist, vor den übrigen Senatsmitgliedern abzugeben (§ 10). Wird im Falle der §§ 61 ff. J. N. wegen Bestreitung der Zuständigkeit des handels- oder bergrechtlichen Senates oder wegen Bestreitung der allgemeinen Gerichtsbarkeit ein Laien- oder Fachrichter beigezogen, so hat dasjenige Mitglied des Senates, welches kraft Gerichtsbeschlusses aus dem Senate ausschied, an der Berathung und Abstimmung nicht theilzunehmen, jedoch sein Votum schriftlich zu erstatten (§ 62 J. N.).

Kein Richter darf die Abstimmung verweigern. Ueber die Zuständigkeit des Gerichtes, Ergänzung des Verfahrens und andere Vorfragen ist zuerst, über einzelne Ansprüche abge-

sondert abzustimmen (§ 11). Die Beschlüsse erfolgen mit absoluter Majorität. Schwierigkeiten sind durch Theilung der Fragen, Wiederholung der Umfrage, Auflösung der Frage in einzelne für die Entscheidung erhebliche Punkte zu lösen. In Beziehung auf Summen werden die für die größere Summe abgegebenen Stimmen den für die zunächst geringere Summe abgegebenen solange zugezählt, bis sich eine absolute Stimmenmehrheit ergibt (§ 12).

Ueber Meinungsverschiedenheiten entscheidet der Senat (§ 13). Ueber Berathung und Abstimmung ist ein besonderes Protokoll aufzunehmen (§ 14). Die Bestellung eines Berichterstatters steht dem Vorsitzenden zu (§ 35 G. V. G.).

§ 414. Das Urtheil ist auf Grund der mündlichen Verhandlung, und zwar wenn möglich, sogleich nach Schluss derselben zu fällen und zu verkünden. Mit dem Urtheile sind die Entscheidungsgründe zu verkünden. Die Verkündung des Urtheiles ist von der Anwesenheit beider Parteien unabhängig.

Der Senat kann sich bei der Verkündung, selbst wenn das Urtheil schon in vollständiger schriftlicher Fassung vorliegt, auf die Bekanntgabe des Wortlautes des Urtheilsspruches und auf die Mittheilung der wesentlichsten Entscheidungsgründe beschränken. Die Festsetzung des Kostenbetrages kann bei der Verkündung des Urtheiles der Ausfertigung desselben vorbehalten bleiben.

Das verkündete Urtheil ist in schriftlicher Ausfertigung sammt den vollständigen Entscheidungsgründen jeder Partei zuzustellen.

1. Es wird einem sich rasch abwickelnden mündlich unmittelbaren Streitverfahren zweifellos am congruentesten sein, wenn das Urtheil sogleich nach Schluss der Verhandlung vom Gerichte gesprochen wird. Gesetzgebung und Justizverwaltung werden es auch — jede in ihrer Sphäre — nicht an entsprechendem Antriebe dazu fehlen lassen dürfen. Aber man wird sich darüber klar sein müssen, dass in sehr vielen Gerichtshofsachen ein gutes Urtheil mehr und ruhigere Ueberlegung braucht, als sie dem Gerichte dann möglich ist, wenn die Entscheidung sogleich dem Verhandlungsschlusse folgen soll. Man wird also als Wunsch aussprechen können, dass das Urtheil soweit thunlich nach Schluss der mündlichen Verhandlung zu fällen sei, aber es darf dies nicht zur strengen Regel erhoben werden, wenn nicht die Schnelligkeit und Flüchtigkeit auf Kosten der Gründlichkeit eine Beförderung erfahren soll (Regierungsmotive, S. 292). Die Verkündung ist der Moment der mündlichen Verlautbarung des gefällten Urtheiles.

Digitized by Google

Wann eine solche entfällt, wird im § 415 bestimmt. In Bagatellsachen ist das Urtheil immer mündlich zu verkünden (§ 452); der Endbeschluss im Besitzstörungsverfahren hat stets sogleich nach geschlossener Verhandlung zu erfolgen (§ 459). Im Bagatellverfahren hat der Richter bei der Verkündung des Urtheiles die Parteien darauf aufmerksam zu machen, dass gegen das Urtheil die Berufung nur wegen der im § 477, Z. 1 bis 7 aufgezählten Nichtigkeiten ergriffen werden könne (§ 452). Im bezirksgerichtlichen Verfahren sind rechtsunkundige und nicht durch Advocaten vertretene Parteien bei Verkündung des Urtheiles auf die Berufungsfrist und auf die gesetzlichen Bestimmungen wegen Bestellung eines Advocaten als Processbevollmächtigten (§§ 463, 465) im Rechtsmittelverfahren aufmerksam zu machen. Wenn bei Bestreitung der Zuständigkeit eines civil-, handels- oder bergrechtlichen Senates gemäß § 62 J. N. eine Veränderung in der Zusammensetzung des Senates stattgefunden hat, so sind diese Aenderung und die Namen der Senatsmitglieder, welche an der Urtheilsfällung thatsächlich mitgewirkt haben, bei der Verkündung stets bekannt zu geben. Durch die nach Schluss der mündlichen Verhandlung eintretende Unterbrechung wird die Verkündung der Entscheidung nicht gehemmt (§ 163), wohl aber durch die Vereinbarung der Parteien, dass das Verfahren ruhen soll (§ 169).

2. Wenn das Urtheil verkündet wird, ist mit Rücksicht auf die Bedeutung, welche der wörtlichen Fassung des „Urtheilsspruches“ (des jetzt sogenannten Urtheilstenors) beizulegen ist, unbedingt daran festzuhalten, dass der Urtheilsspruch vor der Verkündung schriftlich redigiert sein müsse.

Unentscheidend ist es, ob diese Redaction in einem Entwurfe des Spruches besteht, oder im Berathungsprotokolle festgestellt ist. Keinem Zweifel kann es unterliegen, dass die Beschlussfassung über eine Entscheidung von der Beschlussfassung über deren Begründung nicht getrennt werden kann.

Es darf demnach selbst eine unvollständige Verkündung nicht früher erfolgen, als bis das Gericht sich auch über die Entscheidungsgründe schlüssig geworden ist (Regierungsmotive, S. 292).

Die schriftliche Ausfertigung des Urtheiles entfällt im Bagatellverfahren (§ 452).

Deshalb kann auch im Bagatellurtheile die Festsetzung des Kostenbetrages nicht vorbehalten werden.

Aber nur die Bestimmung der Kostensumme kann vorbehalten werden. Wem eine Ersatzpflicht obliegt, ob der ganze Kostenbetrag oder ob nur ein Theil derselben zu ersetzen ist, muss verkündet werden (§ 53).

Digitized by Google

§ 415. Wenn das Urtheil nicht sofort nach Schluss der mündlichen Verhandlung gefällt werden kann und insbesondere auch dann, wenn die Verhandlung gemäß § 193, Abs. 3, vor Vollendung der Beweisaufnahme geschlossen wurde, ist das Urtheil binnen acht Tagen nach Schluss der mündlichen Verhandlung, im Falle des § 193, Abs. 3, aber binnen acht Tagen nach dem Einlangen der Acten über die ausständige Beweisaufnahme zu fällen. Eine besondere Verkündung des Urtheiles findet dann nicht statt.

Die Verkündung des Urtheiles entfällt, wenn dasselbe nicht sofort nach Schluss der mündlichen Verhandlung gefällt worden ist (§ 414), wenn die Verhandlung vor Aufnahme der durch einen ersuchten Richter durchzuführenden Beweise geschlossen wurde (§ 193) und endlich, wenn der den Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurtheiles abweisende Beschluss im Recurswege aufgehoben worden ist (§ 403). Wenn das Urtheil nicht sofort nach Schluss der mündlichen Verhandlung, also noch zu einem Zeitpunkte gefällt werden kann, in welchem die Parteien ohnehin infolge der früheren Verhandlung noch bei Gericht anwesend sind, die Verkündung ihnen daher keine weiteren Opfer auferlegt, scheint es viel zweckmäßiger zu sein, dann immer von der besonderen Urtheilsverkündung abzusehen und sich mit der bloßen Zustellung einer Urtheilsausfertigung zufrieden zu geben (Regierungsmotive, S. 292).

Die Urtheilsfällung besteht hier in der schriftlichen Abfassung des für die Gerichtsacten bestimmten Urtheiles (§ 418). Die achttägige Frist zur Abfassung des Urtheiles ist im Falle des § 403 von dem Herablangen der Recursentscheidung zu rechnen. Die Entwerfung der schriftlichen Ausfertigung erfolgt durch jenes Mitglied des Senates, dass der Vorsitzende dazu bestimmt (§ 35, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.).

Dieselbe ist vom Vorsitzenden und vom Schriftführer (§ 418) zu unterschreiben und hat bei Bezirksgerichten die Belehrung zu enthalten, dass für die Ergreifung eines Rechtsmittels sowie für das Rechtsmittelverfahren die Vertretung durch einen Advocaten erforderlich ist (§ 44[7]).

§ 416. Das Urtheil wird den Parteien gegenüber erst mit der Zustellung der schriftlichen Urtheilsausfertigung wirksam.

Das Gericht ist jedoch an seine Entscheidung gebunden, sobald dieselbe verkündet oder im Falle des § 415 in schriftlicher Abfassung zur Ausfertigung abgegeben ist.

Trotz der mündlichen Verkündung des Urtheiles muss den Parteien eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses

Digitized by Google

zugestellt werden (Regierungsmotive, S. 291). Ebenso ist das nicht verkündete Urtheil (§ 415) den Parteien in schriftlicher Ausfertigung zuzustellen. Im Bagatellverfahren ist die amtswegige Zustellung des Urtheiles nur dann vorgeschrieben, wenn bei der Urtheilsverkündung nicht beide Parteien anwesend waren, in welchem Falle die schriftliche Ausfertigung den Beisatz enthalten muss, dass gegen dasselbe die Berufung nur wegen der im § 477, Z. 1 bis 7 aufgezählten Nichtigkeiten ergriffen werden kann.

Das im Bagatellverfahren in Anwesenheit beider Parteien verkündete Urtheil wird mit der Verkündung wirksam (§ 452).

Mit der Verkündung (Abgabe in schriftlicher Abfassung) ist das Gericht an sein Urtheil gebunden.

Es darf dann weder den Urtheilsspruch noch die wesentlichen Gründe desselben ändern. Bei bezirksgerichtlichen Urtheilen wird es zulässig sein, in den Gründen auf eine Berichtigung des Urtheilsthatbestandes (§ 445) Bezug zu nehmen. Die Rechtsmittelfristen sowie die Leistungsfristen sind jedoch erst von der Zustellung des schriftlichen Urtheiles an die Parteien zu berechnen mit alleiniger Ausnahme der in Gegenwart beider Theile verkündeten Bagatellurtheile. Die Leistungsfrist beginnt nach § 409 mit dem Tage nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheiles. Ueber Berichtigungen und Ergänzungen des Urtheiles vgl. §§ 423 ff.

Schriftliche Ausfertigung.

§ 417. Das Urtheil hat in schriftlicher Ausfertigung zu enthalten:

1. die Bezeichnung des Gerichtes und die Namen der Richter, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben; wenn das Urtheil in Ausübung einer besonderen Gerichtsbarkeit von einem Gerichte gefällt wird, welchem auch die allgemeine Gerichtsbarkeit zusteht, so ist der Bezeichnung des Gerichtes ein die Ausübung der besonderen Gerichtsbarkeit ausdrückender Zusatz beizufügen;

2. die Bezeichnung der Parteien nach Namen (Vor- und Zuname), Beschäftigung, Wohnort und Parteistellung, sowie die Bezeichnung ihrer Vertreter und Bevollmächtigten;

3. den Urtheilsspruch;

4. den Urtheilsthatbestand;

5. die Entscheidungsgründe.

Der Urtheilsthatbestand und die Entscheidungsgründe sind äußerlich zu sondern und dürfen auch nicht mit dem Urtheilsspruche vereinigt werden. Der Urtheilsthatbestand hat eine ge-

Digitized by Google

drängte Darstellung des aus der mündlichen Streitverhandlung sich ergebenden Sachverhaltes unter Hervorhebung der in der Hauptsache von den Parteien gestellten Anträge zu enthalten.

Das auf Grund der §§ 179, 181, Abs. 2, 275, Abs. 2 und 278, Abs. 2, vom Gerichte für unstatthaft erklärte Vorbringen, sowie jene Beweise, deren Benützung wegen des fruchtlosen Verstreichens einer für die Beweisaufnahme bestimmten Frist nicht gestattet wurde, sind im Thatbestande des Urtheiles anzuführen.

1. Die Urtheile und Erkenntnisse werden im Namen des Kaisers ausgefertigt (Art. 1 St. G. G. v. 21. December 1867, Nr. 144 R.-G.-Bl.).

Dieselben haben mit den Worten zu beginnen: „Im Namen Seiner Majestät des Kaisers“ und hierauf hat erst die Benennung des Gerichtes zu erfolgen (J. M. E. v. 11. Jänner 1868, Nr. 6 R.-G.-Bl.).

Die Bezeichnung des Gerichtes hat nach Art und Sitz desselben: Bezirksgericht, Kreisgericht, Handelsgericht, Landesgericht, Kreis- als Berufungsgericht in . . . . zu erfolgen.

Nur die Namen derjenigen Richter sind anzuführen, welche als Stimmführer bei der Entscheidung mitgewirkt haben. Ist das Urtheil eines Bezirksgerichtes, welches nebst der allgemeinen auch die Gerichtsbarkeit in Handels-, See- oder Bergrechtssachen ausübt, in Ausübung dieser besonderen Gerichtsbarkeit gefällt, so ist ein dies ausdrückender Beisatz in das Urtheil aufzunehmen, wenn beide Theile übereinstimmend dies verlangen, oder wenn diese Bezeichnung vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung von einer Partei begehrt und vom Gerichte als zutreffend erkannt wird (§ 446).

2. Als Parteien sind auch jene zu nennen, welche an Stelle der ursprünglichen Parteien oder neben denselben als Hauptparteien eingetreten sind. Desgleichen sind die Nebenintervenienten zu nennen, nachdem dieselben wenigstens betreffs der Kosten als Partei erscheinen.

Unter Vertreter sind die gesetzlichen Vertreter (§ 4), jedoch nur jene zu verstehen, welche für die betreffende Partei in den Process eingetreten sind. Als Bevollmächtigte sind sowohl gemeine als auch Processbevollmächtigte anzuführen.

3. Der Urtheilsspruch hat über alle die Hauptsache betreffenden Anträge (§ 404) in der Hauptsache, den Nebensachen und Processkosten zu entscheiden.

Im Mandatsverfahren (§ 553) und Bestandverfahren (§ 572) ist auszusprechen, ob und inwieweit der Zahlungs- oder Räumungsauftrag oder die Aufkündigung als wirksam anerkannt oder aufgehoben werden. Der Urtheilsspruch muss verständlich sein, sich

Digitized by Google

den Sachanträgen genau anpassen und darf weder auf Schriftsätze, noch auf Protokolle, den Thatbestand oder die Begründung Bezug nehmen.

4. Der Thatbestand des Urtheiles ist nicht dazu bestimmt, die Auffassung wiederzugeben, welche der Richter vom Sachverhalte gewonnen hat.

Die Darlegung dieser Auffassung wird in der Regel mit den Entscheidungsgründen zu verbinden sein (Regierungsmotive, S. 292). Der Urtheilsthatbestand soll Rechenschaft darüber geben, dass das erkennende Gericht das gesammte Thatsachen- und Beweismaterial objectiv erkannt habe. Die Grundlage desselben bildet das Verhandlungsprotokoll (§ 209). Zu dem Thatbestande gehören das aus der mündlichen Verhandlung sich ergebende Parteivorbringen über den Sach- und Streitgegenstand, und zwar das vollständige, nicht bloß das nach Ansicht des Gerichtes erhebliche thatsächliche Material; desgleichen das thatsächliche Material der Beweisaufnahme (Wilmowski, S. 507) der thatsächliche Inhalt der Schriftsätze und endlich die in der Hauptsache gestellten Anträge. Eine mangelhafte Fassung des Thatbestandes, welche die Sicherheit der Ueberprüfung des Urtheiles ausschließt, ist in der Berufungsinstanz als Nichtigkeit von amtswegen zu berücksichtigen (§ 477, Z. 9),

Insbesondere hat der Thatbestand die gemäß §§ 179, 181. 275, 278 für unstatthaft erklärten thatsächlichen Behauptungen und Beweisanbietungen sowie die zur Vermeidung von Verzögerungen des Verfahrens zurückgewiesenen Beweise (§ 279, 283, 300, 309, 332, 335, 365, 368) anzuführen.

Wo die Zurückweisung bereits im Laufe der Verhandlung erfolgt und deshalb durch das Verhandlungsprotokoll bekundet wird (§ 208, Z. 3) braucht der Beweisanbietung und ihrer Erledigung nicht etwa im Thatbestande des Urtheiles besonders gedacht zu werden (Regierungsmotive, S. 266).

Im Verfahren vor Bezirksgerichten (§ 445) und im Berufungsverfahren (§ 493) kann die Darstellung des auf den Sachverhalt sich beziehenden Parteivorbringens statt im Verhandlungsprotokolle lediglich im Urtheilsthatbestande erfolgen, und es ist bei Darstellung des Thatbestandes im Urtheile des Berufungsgerichtes eine Bezugnahme auf das erstrichterliche Urtheil nicht ausgeschlossen (§ 500).

5. Wenn für die Entscheidung keine Gründe angegeben sind, ist das Urtheil nichtig (§ 477, Z. 9). Nach § 272 ist die sorgfältige Berücksichtigung der Ergebnisse der gesammten Verhandlung und Beweisführung vorgeschrieben und es sind die Umstände und Erwägungen, welche für die Ueberzeugung des Gerichtes maßgebend waren, in der Begründung anzugeben.

Digitized by Google

Das Gesetz fordert, dass die thatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen, welche den Richter zur Uebergehung einzelner Angriffs- und Vertheidigungsmittel veranlassten, den rechtssuchenden Parteien erkennbar gemacht werden (R. G. Leipzig, VIII, S. 341).

Die vorgeschriebene Begründung fehlt, wenn selbständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel unberücksichtigt bleiben, ohne dass erkennbar wäre, ob dies absichtlich oder aus Versehen geschehen ist (R. G. Leipzig, III, S. 389), desgleichen bei mangelnder Erwägung wesentlicher, durch die Sachlage angezeigter Fragen (R. G. Leipzig, VI, S. 138).

6. Zu dem Urtheilsinhalte gehört schließlich bei Bestreitung der Zuständigkeit eines civil-, handels- oder bergrechtlichen Senates die Thatsache der Veränderung in der Zusammensetzung des Senates (§ 62 J. N.), im bezirksgerichtlichen Verfahren die Bemerkung, dass für die Ergreifung eines Rechtsmittels gegen das Urtheil, sowie für das Rechtsmittelverfahren überhaupt die Vertretung durch einen Advocaten erforderlich ist (§ 447) und im Bagatellverfahren, wenn die schriftliche Ausfertigung der Partei zugestellt werden soll, der Beisatz, dass die Berufung nur wegen der im § 477, Z. 1 bis 7 aufgezählten Nichtigkeiten ergriffen werden kann (§ 452).

§ 418. Die für die Gerichtsacten bestimmte schriftliche Abfassung des Urtheiles ist vom Vorsitzenden des Senates und vom Schriftführer zu unterschreiben.

Der Auszug eines Urtheiles muss nebst dem Urtheilsspruche auch die in § 417, Z. 1 und 2 bezeichneten Angaben enthalten.

Vor Zustellung der schriftlichen Urtheilsausfertigungen an die Parteien können Auszüge und Abschriften des Urtheiles nicht ertheilt werden.

Die schriftlichen Ausfertigungen der Urtheile für die Parteien werden bei Bezirksgerichten von dem Einzelrichter, der das Urtheil gesprochen, bei Gerichtshöfen von dem Vorsitzenden des Senates, dem die Rechtssache zugewiesen ist, bei nicht mehr anhängigen Rechtssachen aber von dem Präsidenten, des Gerichtshofes unterzeichnet (§ 79, Ges. v. 27. November 1896 Nr. 217, R.-G.-Bl.).

Die Gerichte sind verpflichtet, von denjenigen Urtheilen, Erkenntnissen und Bescheiden, von welchen sie nach den bestehenden Vorschriften den Gebürenbemessungsämtern Abschriften zu ertheilen haben, je eine Abschrift der Steuerbehörde mitzutheilen (§ 271, Ges. v. 25. October 1896, Z. 220 R.-G.-Bl.).

Digitized by Google

Die Berechtigung zur Abschriftnahme von Urtheilen richtet sich nach § 219.

Die Vorschrift des § 418 gilt auch für Beschlüsse (§ 430).

Berichtigung des Urtheiles.

§ 419. Die Berichtigung von Schreib- und Rechnungsfehlern oder anderen offenbaren Unrichtigkeiten in dem Urtheile oder in dessen Ausfertigungen kann das Gericht, welches das Urtheil gefällt hat, jederzeit vornehmen. Eine Berichtigung von amtswegen hat insbesondere auch dann stattzufinden, wenn die Ausfertigung des Urtheiles mit der vom Gerichte gefällten Entscheidung nicht übereinstimmt.

Das Gericht kann über die Berichtigung ohne vorhergehende mündliche Verhandlung entscheiden. Gegen den Beschluss, durch welchen der Antrag auf Berichtigung zurückgewiesen wird, findet ein abgesondertes Rechtsmittel nicht statt.

Die Vornahme einer Berichtigung kann auch in höherer Instanz angeordnet werden.

1. Da die im § 419 aufgezählten Berichtigungen dem Urtheile diejenige Gestalt geben sollen, welche es bei größerer Genauigkeit und ohne das bei der Abfassung oder Ausfertigung unterlaufene Versehen von vorneherein hätte haben sollen, so muss dem Gerichte die Befugnis eingeräumt werden, diese Berichtigungen, sobald das Bedürfnis derselben wahrgenommen wird, auch ohne Parteiantrag zu bewirken (Regierungsmotive, S. 293). Eine solche Berichtigung kann das Gericht jederzeit, also auch nach Rechtskraft des Urtheiles vornehmen (R. G. Leipzig, XXIX, S. 405). Eine besondere Form für den Antrag ist nicht vorgeschrieben, die vorherige Verständigung des Gegners nicht erforderlich. Vor Gerichtshöfen besteht jedoch für den Antrag Anwaltszwang (R. G. Leipzig, XXV, S. 404).

Das Reichsgericht hat in constanter Rechtsprechung die Berichtigung solcher offenbarer Unrichtigkeiten und Flüchtigkeitsversehen, in welchen der Richter seinen wahren, aus dem ganzen Zusammenhange mit Sicherheit erkennbaren Willen nicht den sachentsprechenden Ausdruck gab, in allen Theilen eines gerichtlichen Urtheiles zugelassen. So sind, um einige Beispiele anzuführen, in einer Reihe von Fällen die irrigen Bezeichnungen der Parteien, der Vertreter derselben, der Daten u. s. w. berichtigt, es ist, wenn Auslassungen im Urtheilssatze, namentlich bezüglich des Kostenpunktes vorkommen, während nach den Entscheidungsgründen in bestimmter Weise darüber erkannt werden sollte, das Urtheil selbst nachträglich vervollständigt worden. Diese Berichtigung hat sich nicht bloß auf einzelne

Digitized by Google

Worte beschränkt, sondern auch auf ganze Sätze erstreckt; es sind sogar scheinbare Aenderungen in dem Urtheile vorgenommen oder gebilligt worden, wenn sich der ursprüngliche Wortlaut der Urtheilssätze nach der concreten Sachlage als ein unzweifelhaftes Versehen im Ausdrucke herausstellte. Nach diesen beispielsweise aufgeführten Entscheidungen muss zwar einerseits in Gemäßheit des im § 416 aufgestellten Grundsatzes daran festgehalten werden, dass das Gericht eine von ihm in einem Urtheile getroffene Entscheidung nicht mehr zurücknehmen kann, mithin auch die Berichtigung, Erläuterung oder Aenderung eines Urtheiles ausgeschlossen erscheint, wenn bei dessen Erlassung ein Irrthum unterlaufen ist, welcher auf einem materiellen Versehen in der Auffassung und Beurtheilung der Sache beruht; andererseits ist aber davon auszugehen, dass zu den Versehen überhaupt alle Mängel gehören, die mit dem Inhalte der Entscheidungsgründe im Widerspruche stehen und dergestalt erkennbar sind, dass aus dem Zusammenhalte von Urtheilssatz und Urtheilsgründen sowohl die Existenz des unterlaufenen Versehens, als auch das vom Richter wirklich Gewollte mit Gewissheit sich ergibt (R. G. Leipzig, XXIII, S. 401). Wenn die Unvollständigkeit des Thatbestandes lediglich in dem Mangel eines Vorbehaltes nach § 417, letzter Absatz besteht, ist bei Führung eines genauen Verhandlungsprotokolles ein eigenes Berichtigungsverfahren überflüssig. Der Entwurf nimmt daher diesen Fall der Thatbestandsberichtigung von der Regel des § 420 aus und erklärt darauf die einfachere Procedur des § 419 anwendbar (Regierungsmotive, S. 293).

2. Eine mündliche Verhandlung über den Antrag ist nicht nothwendig, aber zulässig. Sie wird möglichst zu vermeiden sein, weil die Kosten gemäß § 422 nur im Falle der Verwerfung des Antrages zuzusprechen, sonst aber gegenseitig aufzuheben sind. Findet das Gericht eine mündliche Verhandlung anzuordnen, so steht das Ausbleiben einer oder beider Parteien der amtswegigen Berichtigung nicht entgegen, das Ruhen des Verfahrens tritt nicht ein. Die Vorschrift des § 420, dass bei dem Beschlusse nur jene Richter mitwirken können, welche an der Urtheilsfällung theilnahmen, gilt für die Berichtigung des Urtheiles nicht. Die bereits zugestellten Ausfertigungen sind zum Zwecke der Ersichtlichmachung der Berichtigung von amtswegen einzufordern (§ 422). Ist jedoch die Ersichtlichmachung unmöglich, weil z. B. die Ausfertigung nicht vorgelegt oder verloren gegangen ist, so wird dadurch der Beschluss nicht beeinträchtigt. Da eine solche Berichtigung immer nur von demjenigen Gerichte ausgeführt werden kann, bei welchem sich die Urschrift des fraglichen Urtheiles befindet,

Digitized by Google

muss sich die Intervention einer höheren Instanz, die sich von der Nothwendigkeit einer solchen Berichtigung überzeugt hat, auf die Anordnung der Berichtigung beschränken (Regierungsmotive, S. 293). Eine solche Intervention der höheren Instanz ist vorgeschrieben, um die Nichtigerklärung des Urtheiles wenn möglich zu vermeiden (§ 477, Z. 9).

3. Der Antrag auf Berichtigung des Urtheiles wird durch Einlegung der Berufung nicht ausgeschlossen. Die Partei ist nicht ausschließlich auf den Richtigstellungsantrag verwiesen, sondern kann auch durch die Berufung die Richtigstellung veranlassen (O. L. G. Jena, Fuchsberger, S. 503). Infolge des Erlasses eines Berichtigungsbeschlusses kann ein neuer Fristenlauf für das Rechtsmittel gegen das Urtheil nicht beginnen (R. G. Leipzig, XXIX, S. 405), doch steht gegen die Berichtigung selbst der Recurs zu.

Berichtigung des Thatbestandes.

§ 420. Kommen im Thatbestande des Urtheiles andere, als die im § 419 bezeichneten Unrichtigkeiten vor oder bedarf derselbe einer Vervollständigung oder zur Behebung von Dunkelheiten und Widersprüchen einer Erläuterung, so kann jede Partei die erforderliche Berichtigung bei dem Processgerichte binnen acht Tagen nach Zustellung des Urtheiles beantragen. Ueber einen solchen Antrag hat das Gericht mit thunlichster Beschleunigung nach Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung, ohne Zulassung einer Beweisaufnahme durch Beschluss zu entscheiden.

Bei der Entscheidung wirken nur jene Richter mit, welche an der Urtheilsfällung theilnahmen. Ist einer dieser Richter verhindert, so gibt bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden, und bei dessen Verhinderung die Stimme des älteren Richters den Ausschlag.

Eine Anfechtung des Beschlusses oder eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der in Absatz 1 bezeichneten Frist findet nicht statt.

1. Das Institut der Thatbestandsberichtigung ist im Systeme des Entwurfes mit Rücksicht auf die vorgeschlagenen Protokollierungsvorschriften von nicht allzu großer Bedeutung. Denn im Protokolle wird das Gericht eine verlässliche Grundlage nicht bloß für die Abfassung des Thatbestandes, sondern zugleich für die Entscheidung über eine etwaige Kritik des Thatbestandes haben. Es kann sich dann eigentlich nur mehr um Redactionelles handeln, nicht um wahre Thatsachenergänzung

Digitized by Google

oder um sachliche Berichtigung des Resumés des Verhandlungsstoffes (Regierungsmotive, S. 293). Ueber Verlauf und Inhalt der Verhandlung liefert gemäß § 215 das Verhandlungsprotokoll bei Abgang eines ausdrücklichen Widerspruches vollen Beweis. Es erscheint daher im Verfahren erster Instanz vor Gerichtshöfen eine Berichtigung des Thatbestandes abweichend von, oder im Widerspruche mit dem Inhalte des Verhandlungsprotokolles ohne praktische Bedeutung, weil nach § 498 nur der Widerspruch gegen das Protokoll im Instanzenzuge zu berücksichtigen ist. Mit Rücksicht auf die Bestimmungen des § 422, wonach die Kosten gegenseitig aufzuheben und nur im Falle der Abweisung des Antrages dem Antragsteller aufzuerlegen sind, wird die Berichtigung des Thatbestandes nicht zu beantragen sein. Im Verfahren vor Bezirksgerichten findet eine Berichtigung des Thatbestandes im Sinne des § 420 überhaupt nicht statt (§ 447). Wenn die Protokollierung des auf den Sachverhalt sich beziehenden Parteivorbringens bei Bezirksgerichten dem Urtheilsthatbestande (§ 445) oder der Ausfertigung des Beweisbeschlusses (§ 444) vorbehalten wird, können die Parteien gegen unrichtige Angaben des Thatbestandes über das thatsächliche oder Beweisvorbringen Widerspruch (§ 212) erheben, dessen Bedeutung gemäß § 498 im Instanzenzuge zu berücksichtigen ist.

Die Berichtigung des Urtheilsthatbestandes ist nur im Falle der Ergänzung des Urtheiles (§ 423, Anm. 2) und für das Berufungsverfahren von Bedeutung, wenn im Falle der Durchführung der Berufungsverhandlung bei einer einzigen Tagsatzung die Darstellung des auf den Sachverhalt sich beziehenden Parteivorbringens dem Urtheilsthatbestande vorbehalten wird (§ 493); denn hier fehlt in dem Verhandlungsprotokolle der Sachverhalt, den Parteien war es nicht möglich, ihren Widerspruch gegen die mangelhafte Fixierung des thatsächlichen Vorbringens anzubringen, und es ist sohin der Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes das einzige Mittel zur Richtigstellung.

2. Das Berichtigungsverfahren des § 420 erfolgt nur auf Antrag, der Antrag hat mittels Schriftsatzes zu erfolgen, welcher dem Gegner bei Anordnung der mündlichen Verhandlung zuzustellen ist. Derselbe muss eine bestimmte Berichtigung verlangen (§ 78), welche Gegenstand der Verhandlung und Berichtigung ist. Da die Thatbestandsberichtigung sich an die Erinnerung des erkennenden Gerichtes wendet und diese gegen die ins Urtheil aufgenommene Sachverhaltsdarstellung anruft, fehlt es auch an jedem Substrate für die Zulassung eines Rechtsmittels (Regierungsmotive, S. 293), mag dem Antrage stattgegeben oder derselbe abgewiesen werden. Die Verhandlung

Digitized by Google

über die Berichtigung des Urtheilsthatbestandes hat auf den Lauf der Rechtsmittelfrist keinen Einfluss (§ 424), jedoch kann gemäß § 485 auf Antrag die Berufungsverhandlung bis zur Entscheidung über die begehrte Berichtigung ausgesetzt werden, insoferne die geforderte Berichtigung auf die Beurtheilung der Berufung von Einfluss sein könnte. Ist infolge einer Berichtigung des Thatbestandes dieser mit dem Urtheilsspruche nicht mehr im Einklang und ist diese Uebereinstimmung durch eine Ergänzung des Urtheiles im Sinne des § 423 nicht zu erreichen, so kann Abhilfe nur im Instanzenzuge getroffen werden.

3. Gemäß des zweiten Absatzes ist das Gericht abweichend von der Regel des § 9 J. N. für gehörig besetzt erklärt, wenn einer der Richter, welche bei dem Urtheile mitgewirkt haben, nicht mit entscheidet, weil er verhindert ist. Die Feststellung des Grundes seiner Verhinderung ist nicht vorgeschrieben.

Das Ausbleiben einer oder beider Parteien steht der Berichtigung nicht entgegen; ein Ruhen des Verfahrens tritt nicht ein. Die bereits zugestellten Ausfertigungen sind zum Zwecke der Ersichtlichmachung von amtswegen einzufordern (§ 422). Ist jedoch die Ersichtlichmachung unmöglich, so wird dadurch die Beschlussfassung weder behindert noch in ihrer Wirkung behoben.

§ 421. Wenn die Vervollständigung des Thatbestandes lediglich deshalb beantragt wird, weil in demselben Anführungen und Beweise übergangen sind, die gemäß § 417, letzter Absatz, im Thatbestande zu erwähnen sind, so hat das Processgericht gemäß § 419 vorzugehen.

Zu vergleichen Anm. 1 bei § 419.

§ 422. Eine Berichtigung, welche das Gericht nach den §§ 419, 420 oder 421 vorzunehmen findet, ist der Urschrift des Urtheiles beizusetzen und in allen bereits ertheilten Ausfertigungen des Urtheiles, welche zu diesem Zwecke abzufordern sind, ersichtlich zu machen.

Bei Verwerfung des Antrages auf Urtheilsberichtigung ist dem Antragsteller der Ersatz aller entstandenen Kosten aufzuerlegen; sonst sind die Kosten gegenseitig aufzuheben.

Ergänzung des Urtheiles.

§ 423. Wenn in dem Urtheile ein Anspruch, über welchen nach dem Urtheilsthatbestande zu entscheiden war, übergangen, oder wenn in einem Urtheile über die von einer Partei begehrte

Digitized by Google

Erstattung der Processkosten nicht oder nur unvollständig erkannt wurde, ist das Urtheil durch eine nachträgliche Entscheidung zu ergänzen (Ergänzungsurtheil).

Der Antrag auf Ergänzung ist bei dem Processgerichte binnen acht Tagen nach Zustellung des Urtheiles anzubringen; eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung dieser Frist ist unzulässig.

Das Gericht entscheidet nach vorhergehender mündlicher Verhandlung. Diese Verhandlung ist auf den nicht erledigten Theil des Rechtsstreites zu beschränken. Die Abweisung des Antrages auf Ergänzung erfolgt mittels Beschluss.

1. Das in der Hauptsache gefällte Urtheil hat alle die Hauptsache betreffenden Anträge zu erledigen, sofern nicht über einzelne dieser Anträge bereits früher entschieden wurde oder dieselben einer abgesonderten Erledigung vorbehalten werden (§ 404). Es sind dies die durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Ansprüche sowohl in der Hauptsache, als betreffs der Früchte, Zinsen und anderen Nebenforderungen, insbesondere auch der Processkosten, über welche auch ohne Antrag zu erkennen ist, wenn nur das Kostenverzeichnis rechtzeitig (§ 54) vorgelegt wurde (§ 52), die Ansprüche auf Feststellung eines im Laufe des Processes streitig gewordenen Rechtsverhältnisses oder Rechtes (§ 411) und der Anspruch auf Leistung eines Entschädigungsbetrages wegen muthwilliger Processführung (§ 408). Wird ein solcher Anspruch im Urtheile übergangen, so liegt eigentlich nur ein Theil- oder Zwischenurtheil vor, wenn es auch vom Gerichte nicht als solches bezeichnet ist. Es wird gerade so vorzugehen sein, wie wenn das Gericht in Ansehung dieses Anspruches, statt ihn stillschweigend zu übergehen, eine Trennung der Verhandlung angeordnet hätte (Regierungsmotive, S. 293).

Für einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel (§ 189) kann die Ergänzung des Urtheiles nicht verlangt werden. Hievon sind auch Gegenforderungen, welche nur durch Einrede geltend gemacht sind, nicht ausgenommen (Wilmowski, S. 519).

Anderer Meinung Struckmann-Koch Anm. 2. Liegt nicht eine wirkliche Uebergehung, sondern nur eine nicht beabsichtigte Auslassung vor, so ist nach § 419 vorzugehen.

2. Voraussetzung der Zulässigkeit der Ergänzung des Urtheiles ist, dass der im Urtheile übergangene Anspruch im Urtheilsthatbestande hervorgehoben ist (§ 417). Auf einen mangelhaften Thatbestand kann auch nicht unter Bezugnahme auf das den Thatbestand widerlegende Verhandlungsprotokoll ein Er-

Digitized by Google

gänzungsantrag begründet werden. Liegt ein solcher Fall vor, dann wird die Partei sowohl die Berichtigung des Thatbestandes als auch die Ergänzung des Urtheiles zu beantragen haben, über welche Anträge auch gemeinsam verhandelt werden kann (Katz, S. 113).

Wenn die Berichtigung des Thatbestandes begehrt wird, weil im Thatbestande ein im Urtheilsspruche übergangener Anspruch nicht angeführt erscheint, und wenn zugleich wegen dieses Anspruches Urtheilsergänzung verlangt wird, so ergibt sich von selbst, dass über die Ergänzung nicht vor Erledigung der Thatbestandsberichtigung entschieden werden kann, da diese erst für die begehrte Ergänzung das Fundament schaffen muss (Regierungsmotive, S. 293). Im Verfahren vor Bezirksgerichten, in welchem die Thatbestandsberichtigung im Sinne des § 420 unzulässig ist (§ 447) wird in diesem Falle ein Antrag auf Ergänzung des Urtheiles nur dann zulässig sein, wenn über erhobenen Widerspruch der Thatbestand entsprechend geändert worden ist (§ 445).

3. Die Ergänzung des Urtheiles kann auch durch die Berufung angestrebt werden. Da aber in diesem Falle die Sache vom Berufungsgerichte zur Verhandlung und Urtheilsfällung an das Processgericht erster Instanz zurückzuweisen ist, wenn das Berufungsgericht nicht selbst zu erkennen befindet (§ 496), so wird sich der Antrag auf Ergänzung des Urtheiles zur Vermeidung von Kosten empfehlen.

Der Schriftsatz (§ 78) oder das Protokoll (§ 434) muss einen bestimmten Ergänzungsantrag enthalten, über den Antrag ist mündlich zu verhandeln.

Die mündliche Verhandlung wird über den noch zu erledigenden Anspruch in vollem Umfange wieder eröffnet. Da es sich hiebei um eine selbständige und selbständiger Anfechtung unterliegende Entscheidung handelt, so brauchen an der Verhandlung über den Ergänzungsantrag auch nicht nothwendig dieselben Richter theilzunehmen, welche an der Fällung des der Ergänzung bedürfenden Urtheils mitgewirkt haben (R. G. Leipzig, XXIII, S. 422). Wird über den ausgelassenen Anspruch stattgebend oder abweisend entschieden, so erfolgt die Entscheidung mittels Ergänzungsurtheiles. Nur wenn der Antrag auf Ergänzung des Urtheiles abgewiesen wird, geschieht dies mittels Bescheides, gegen den Recurs erhoben werden kann. Der Antrag ist ohne mündliche Verhandlung zurückzuweisen, wenn er wegen Ablaufens der achttägigen Frist, wegen Vollständigkeit des Urtheiles oder wegen mangelnden Thatbestandes

Digitized by Google

unzulässig erscheint. Durch das Ergänzungsurtheil darf das ursprüngliche Urtheil nur ergänzt, nicht aber abgeändert werden.

§ 424. Die Verhandlung über die Berichtigung des Urtheilsthatbestandes oder über die Ergänzung des Urtheiles hat auf den Lauf der Frist für die Erhebung eines Rechtsmittels gegen das Urtheil, dessen Thatbestand berichtigt werden soll oder dessen Ergänzung beantragt wird, keinen Einfluss.

Das Ergänzungsurtheil ist sowohl betreffs der Rechtsmittel als auch betreffs der Rechtskraft ein selbständiges Urtheil. So lässt es sich auch vermeiden, dass die Verhandlung über den Ergänzungsantrag auf den Lauf der Rechtsmittelfristen einen störenden Einfluss nehme. Der Zusammenhang zwischen dem Ergänzungsurtheile und dem mittels desselben ergänzten Urtheile kann, falls beide Entscheidungen angefochten werden, durch Vereinigung der Verhandlungen in der Rechtsmittelinstanz berücksichtigt werden. Um dies zu erleichtern, wurde der Berufungsinstanz die Befugnis eingeräumt, das bei derselben anhängige Verfahren bis zur Erledigung des in der unteren Instanz gestellten Ergänzungsantrages auszusetzen (Regierungsmotive, S. 293).

Zweiter Titel: **Beschlüsse.**

§ 425. Sofern nach den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht ein Urtheil zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen, Anordnungen und Verfügungen durch Beschluss.

An seine Beschlüsse ist das Gericht insoweit gebunden, als dieselben nicht bloß processleitender Natur sind.

Die Vorschriften des § 412 sind auf Beschlüsse des Gerichtes sinngemäß anzuwenden.

Alle richterlichen Aussprüche, für welche nicht die Form eines Urtheiles vorgeschrieben ist, erfolgen mittels Beschlusses. Die Urtheilsform ist vorgeschrieben für die Entscheidung in der Hauptsache (§ 390) als Endurtheil oder als Theilurtheil (§ 391) oder Zwischenurtheil (§ 393) oder Ergänzungsurtheil (§ 423). Als besondere Arten des Urtheiles werden jene auf Grund von Verzicht (§ 394), auf Grund von Anerkenntnis (§ 395) und in Versäumnisfällen (§§ 396 ff.) angeführt.

Die Entscheidung über den Widerspruch gegen die Bewilligung der Execution auf Grund eines ausländischen Executionstitels hat nach § 83 E. O. mittels Urtheiles zu erfolgen. Ueber

Digitized by Google

Processeinreden ergeht die Entscheidung mittels Beschlusses (§ 261). Die Endentscheidung im Besitzstörungsverfahren erfolgt mittels Endbeschlusses (§ 459). Wichtig ist die Unterscheidung zwischen Urtheil und Beschluss auf die Feststellung des Rechtsmittelverfahrens, da gegen Urtheile die Berufung (§ 461), gegen Beschlüsse der Recurs (§ 514) zusteht (§ 390, Anm. 1).

2. Die Beschlüsse theilen sich in solche erkennender und processleitender Natur. Unter den processleitenden Verfügungen (§ 223, Anm. 1) sind nicht nur solche zu verstehen, welche während der mündlichen Verhandlung erlassen werden, sondern alle, welche das Gericht oder der Vorsitzende, der ersuchte oder beauftragte Richter zur Vorbereitung der Endentscheidung vornimmt, z. B. Verbesserung der Schriftsätze, Zustellungen, Verfügungen des Vorsitzenden nach § 183 u. s. w. Dem Recurse gegen processleitende Verfügungen, ferner gegen die Verweigerung oder Entziehung des Armenrechtes (§§ 65, 66, 68), gegen Strafverfügungen wider einen Zeugen (§§ 326, 333, 336) oder Sachverständigen (§ 354) kann der verfügende oder erkennende Richter selbst stattgeben (§ 522). § 412 ist nur anwendbar, wenn dem Beschlusse eine mündliche Verhandlung vorangegangen ist.

§ 426. Alle während der Verhandlung oder Beweisaufnahme vom Senate, von dem Vorsitzenden oder von einem beauftragten oder ersuchten Richter gefassten Beschlüsse sind zu verkünden. Diese Beschlüsse sind den bei der Verkündung anwesenden Parteien in schriftlicher Ausfertigung zuzustellen, wenn der Partei ein Rechtsmittel gegen den Beschluss oder das Recht zur sofortigen Executionsführung auf Grund des Beschlusses zusteht.

An Parteien, welche bei der Verkündung nicht anwesend waren, ist in diesen Fällen und nebstdem in allen Fällen, in welchen die Leitung des Verfahrens es erfordert, die Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung zu bewirken.

Wenn die Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung nicht zu erfolgen hat, so begründet die mündliche Verkündung die Wirkungen der Zustellung.

1. Was die Bekanntmachung der Beschlüsse anlangt, so werden die im Laufe einer mündlichen Verhandlung oder überhaupt bei Tagsatzungen (z. B. Beweisaufnahms- oder andere nicht zur Verhandlung bestimmte Tagsatzungen) gefassten Beschlüsse den Parteien am einfachsten und raschesten dadurch zur Kenntnis gebracht, dass sie den Anwesenden sogleich bei der Tagsatzung verkündet werden (Regierungsmotive, S. 294), lediglich zur Verkündung von Beschlüssen dürfen Tagsatzungen nicht angeordnet werden (§ 114 Gesch.-O.).

Digitized by Google

Die Aufnahme in das Verhandlungsprotokoll (§ 208, 209) bildet für solche Beschlüsse die einzige Form der Fixierung. Nur wenn der anwesenden Partei gegen den Beschluss ein abgesondertes Rechtsmittel (§ 514) oder das Recht zur sofortigen Execution zusteht, muss neben der Verkündung auch die Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung erfolgen. Sonst erfolgt Zustellung nur auf Verlangen (§ 79 Ger.-Verf.-Ges.).

Letzteres wird insbesondere dann nothwendig sein, wenn in dem Beschlusse über die Kostenfrage entschieden wurde, weil durch denselben eine Streitsache für die Instanz vollständig erledigt wird, oder weil die Ersatzpflicht vom Ausgange der Hauptsache unabhängig ist (§ 52).

Als Leistungsfrist betreffs der Kosten werden nach § 409 14 Tage, im Wechselverfahren 3 Tage nach Eintritt der Rechtskraft zu bestimmen sein. Wird die Einwendung der Unzulässigkeit des Rechtsweges, Unzuständigkeit des Gerichtes, Streitanhängigkeit oder Rechtskraft verworfen, so ist die Entscheidung nicht besonders auszufertigen, sondern in die über die Hauptsache ergehende Entscheidung aufzunehmen (§ 261).

2. Für Beschlüsse, welche der Partei in schriftlicher Ausfertigung zuzustellen sind, beginnt die Rechtsmittelfrist mit dem Tage nach Zustellung der schriftlichen Ausfertigung (§ 521).

§ 427. Außerhalb der Tagsatzungen gefasste Beschlüsse sind den Parteien durch Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung (Bescheid) bekannt zu geben.

Ein Bescheid, durch welchen ein Antrag einer Partei ohne vorhergehende Vernehmung des Gegners abgewiesen wird, ist dem Gegner nur auf Ansuchen des Antragstellers zuzustellen.

Beschlüsse, welche außerhalb einer mündlichen Verhandlung oder überhaupt einer Tagsatzung gefasst werden, sind nicht zu verkünden; bei ihnen ist die Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung (Bescheid) das primäre Mittel der Bekanntmachung (Regierungsmotive, S. 294). Regel ist die Zustellung solcher Bescheide an beide Theile. Abweisliche Bescheide, welche ohne mündliche Verhandlung und ohne schriftliche oder mündliche Vernehmung des Gegners ergehen, sind nur dem Antragsteller zuzustellen, außer es wird deren Zustellung an den Gegner ausdrücklich beantragt. Nur die Anordnungen und Beschlüsse, welche über die gemäß §§ 229, 243 in einem vorbereitenden Schriftsatze gestellten Anträge bei der Anberaumung der Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung ergehen, sind auch im Falle der Abweisung des Antrages dem Gegner der antragstellenden Partei zuzustellen (§ 257). Von dem Einlangen einer Anzeige über ein vereinbartes Ruhen des Verfahrens,

Digitized by Google

sowie von dem Ausbleiben beider Theile von der Tagsatzung hat das Gericht nebst den Processbevollmächtigten auch noch die Parteien selbst zu verständigen; den Parteien sind dabei die gesetzlichen Folgen des Ruhens des Verfahrens bekannt zu geben (§ 170).

§ 428. Beschlüsse über widerstreitende Anträge und Beschlüsse, durch welche ein Antrag abgewiesen wird, müssen begründet werden.

Hiebei sind die Anträge, über welche im Beschlusse entschieden wird, und der Sachverhalt, falls nicht beides aus dem gleichzeitig mitgetheilten Schriftsatze oder aus der Protokollsabschrift zu entnehmen ist, in die Begründung insoweit aufzunehmen, als es zum Verständnis des Ausspruches oder der Verfügung erforderlich ist.

Ob andere als entscheidende und abweisende Beschlüsse zu begründen sind, ist dem Ermessen des Gerichtes überlassen. Ausführlichere Begründung wird jedoch dann erwartet werden dürfen, wenn sich divergierende Parteianträge gegenüberstehen, zwischen welchen der Richter zu entscheiden hat. Wenn der Beschluss wegen seiner Bezugnahme auf Anträge oder sonstige Vorkommnisse für sich allein unverständlich wäre oder sich nur schwer verstehen ließe, wird den Parteien gleichzeitig mit dem Beschlusse auch der Schlüssel zu dessen Verständnis, sei es durch Mittheilung des betreffenden Schriftsatzes oder Protokolles, sei es durch eine entsprechende Bemerkung in der Begründung dargeboten werden müssen (Regierungsmotive, S. 294). Wenn die Beweisaufnahme durch einen ersuchten oder beauftragten Richter stattfinden soll, ist in den Beweisbeschluss auch der aus der Verhandlung sich ergebende Sachverhalt insoweit aufzunehmen, als die Kenntnis desselben zur Leitung und vollständigen Durchführung der Beweisaufnahme nothwendig ist (§ 277). Ist eine Belehrung der Parteien oder ein Hinweis auf die eventuellen Versäumnisfolgen vorgeschrieben (§ 145, Anm. 1) so ist auch dieser Beisatz in den Beschluss aufzunehmen.

Ist die Beweisführung der Vernehmung der Partei angeordnet, so ist die Vorladung der abwesenden Partei unter Mittheilung der Thatsachen zu verfügen, über welche die Abhörung stattfinden soll (§ 375).

Ueber den Inhalt der Ladung von Zeugen ist § 329, von Sachverständigen § 354, Anm. 1 zu vergleichen.

§ 429. Die Urschrift des Beschlusses ist, wenn der Beschluss von einem Senate gefasst wurde, von dem Vorsitzenden,

Digitized by Google

außerdem aber von dem Richter zu unterschreiben, welcher den Beschluss gefasst hat.

Die schriftliche Ausfertigung eines Beschlusses hat auch die in § 417, Z. 1 und 2, bezeichneten Angaben zu enthalten.

Außer den Fällen, welche die für die Ausübung der Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen geltenden Gesetze bezeichnen, bedarf bei Gerichtshöfen erster Instanz nach § 37 des Gesetzes vom 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl., keiner Beschlussfassung des Senates:

1. die einstweilige Zulassung eines Bevollmächtigten gemäß § 38 bei Verhandlungen vor dem Vorsitzenden des Senates oder vor einem beauftragten Richter;

2. die sich bei der Liquidierung der Advocatengebüren (Art. V E.-G.) ergebenden Aufträge und Verfügungen mit Ausnahme der Feststellung der Gebüren selbst;

3. die Bewilligung des Armenrechtes;

4. die Aufforderung zur Erlegung von Urkunden gemäß § 82 und zur Rückstellung von Urkunden gemäß § 83;

5. Die Entscheidung über die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der ersten Tagsatzung;

6. die Entscheidung über die Processkosten und die Feststellung des zu ersetzenden Betrages, falls die Klage vor oder bei der ersten Tagsatzung zurückgenommen wird;

7. der Auftrag zur Zustellung der Berufungs- und Revisionsschrift an den Gegner und der von diesem überreichten Schriftsätze an den Berufungs- oder Revisionswerber und die Vorlage von Berufungen, Revisionen und Recursen und der dazu gehörigen Schriften und Acten an die Rechtsmittelinstanz oder an das Gericht, das die Acten an die Rechtsmittelinstanz zu befördern hat;

8. Geschäftsstücke, die anderen Behörden zu ertheilende Auskünfte zum Gegenstande haben, sowie die Einholung von Auskünften bei anderen Behörden und die bei Anbringung von Klagen in einzelnen Fällen vorgeschriebene Verständigung anderer Behörden;

9. Verwahrungsaufträge und Erfolglassungen, die der Bewirkung des Umtausches verloster Effecten, der Behebung neuer Couponbögen, der Durchführung manipulativer depositenämtlicher Maßnahmen oder der Bewirkung des Erlages der festgesetzten Sicherheitsleistung für die Processkosten und deren Erfolglassung nach Beendigung des Verfahrens dienen; Zuständig ist der Vorsitzende oder auf dessen Anordnung ein Mitglied des Senates (§ 22, Gesch.-Ordn.).

Digitized by Google

10. die Ertheilung von Bestätigungen über die gesetzmäßige Beschaffenheit der Handelsbücher;

11. In Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit außer Streitsachen (kais. Pat. v. 9. August 1854, Nr. 208 R.-G.-Bl.) alle Verfügungen, welche die Eröffnung oder die Leitung des Verfahrens und die Vorbereitung der meritorischen Beschlussfassung betreffen, oder welche keinen entscheidenden Einfluss auf die Rechte der Parteien nehmen und nach dem Gesetze zweifellos sind, sowie die Bestimmung der Zeugen- und Sachverständigengebüren.

12. die Aufforderung der Betheiligten zur Bewirkung der vorgeschriebenen Anmeldungen zum Handels- und Genossenschaftsregister, mit Ausschluss der Verhängung von Ordnungsstrafen, die Anordnung der im Handels- und Genossenschaftsregister von amtswegen zu vollziehenden Anmerkungen, die Bewilligung amtlicher Zeugnisse aus dem Handels- und Genossenschaftsregister oder dessen Urkunden, sowie alle Verfügungen, welche bloß die Leitung des Verfahrens und die Vorbereitung der meritorischen Beschlussfassung betreffen, oder deren Erledigung nach dem Gesetze zweifellos ist; desgleichen ist die Aufsicht über die Ausführung der Registereintragungen von einem einzelnen Richter zu besorgen;

13. die Erledigung der gerichtlichen Aufkündigung einer Hypothekarforderung;

14. Beschwerden gegen Angestellte der Gerichtskanzlei, Vollstreckungsbeamte und Gerichtsdiener zur Abhilfe gegen Verweigerung oder Verzögerung der ihnen aufgetragenen Amtshandlungen oder wegen des von ihnen bei solchen Amtshandlungen beobachteten Verfahrens, sofern die Beschwerde beim Gerichte und nicht bei den mit der Aufsicht über die Gerichtskanzlei betrauten richterlichen Beamten, bei dem Executionscommissär oder bei dem Vorsteher des Gerichtes, bei dem der Beamte verwendet wird, angebracht ist.

Einer Fertigung des Beschlusses, auch des Endbeschlusses im Besitzstörungsverfahren (§ 459), durch den Schriftführer, wie dies für das Urtheil vorgeschrieben ist (§ 418) bedarf es nicht.

Bei der schriftlichen Ausfertigung von Beschlüssen kann die Anführung der Namen der Richter durch die Angabe des Senates, der den Beschluss gefasst hat, und bei Bezirksgerichten, die mit mehreren Einzelrichtern besetzt sind, durch die Angabe der dem betreffenden Richter übertragenen Abtheilung des Gerichtes ersetzt werden. Diese Angaben müssen nicht im Texte des Beschlusses enthalten sein (§ 79, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.), können sohin auch in der Datierung vorkommen.

Digitized by Google

§ 430. In Ansehung der Ertheilung von Ausfertigungen und Auszügen, dann der Berichtigung von Beschlüssen und der Ergänzung derselben, wenn über einen Antrag der Partei theilweise nicht erkannt wurde oder wenn der beantragte Ausspruch über die Erstattung der Processkosten fehlt oder unvollständig ist, gelten die Vorschriften der §§ 418, 419, 423 und 424.

Die schriftlichen Ausfertigungen der Beschlüsse, Vergleiche und Decrete, sowie die in einer Rechtssache ertheilten Amtszeugnisse und die an andere Behörden gerichteten Schreiben und Berichte werden bei Bezirksgerichten von dem Einzelrichter, der die betreffende Erledigung beschlossen hat, alle anderen schriftlichen Ausfertigungen aber vom Vorsteher des Gerichtes unterzeichnet.

Bei Gerichtshöfen werden alle in Rechtssachen der streitigen Gerichtsbarkeit und in Executionssachen vorkommenden Ausfertigungen, Amtszeugnisse, Schreiben und Berichte, sofern nichts anderes bestimmt ist, von dem Vorsitzenden des Senates, dem die Rechtssache zugewiesen ist, bei nicht mehr anhängigen Rechtssachen aber von dem Präsidenten des Gerichtshofes unterzeichnet; dieser unterschreibt auch die Ausfertigungen in allen übrigen nicht zur streitigen Gerichtsbarkeit gehörigen Angelegenheiten (§ 79, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.).

Die Gerichtskanzlei hat die von den Parteien nach Zulässigkeit des Gesetzes begehrten Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften aus den Gerichtsacten zu ertheilen; dieselben sind vom Vorsteher oder von dem leitenden Beamten der Gerichtskanzlei oder von dem besonders dazu bestimmten Kanzleibeamten zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen. Bei Beschlüssen, die einem schriftlich angebrachten oder zu Protokoll erklärten Antrage ohne Einschränkung willfahren, einschließlich der auf Grund von Klagen und schriftlichen Gesuchen zu erlassenden Zahlungsbefehle im Wechsel- und Mahnverfahren und der auf Grund gerichtlicher Aufkündigungen gemäß § 562 C. P. O. ergehenden gerichtlichen Aufträge, kann der Gerichtskanzlei die Entwerfung der Beschlussausfertigung aufgetragen und die Zurückbehaltung einer Urschrift oder Abschrift durch einen kurzen Bewilligungsvermerk auf der Eingabe oder dem Protokolle ersetzt werden (§ 56 Ger.-Verf.-Ges.).

Eine Ergänzung des Beschlusses (§ 423) kann auch ohne vorhergehende mündliche Verhandlung erfolgen, wenn dem Beschlusse keine solche vorangegangen ist.

Digitized by Google

Civilprocessordnung.

Dritter Theil.

Digitized by Google

Digitized by Google

Dritter Theil.

Verfahren vor den Bezirksgerichten.

---

§ 431. Auf das Verfahren vor den Bezirksgerichten finden, sofern nichts anderes bestimmt ist, die Vorschriften über das Verfahren vor den Gerichtshöfen erster Instanz Anwendung.

Die durch die Vorschriften des zweiten Theiles für den Senat oder dessen Vorsitzenden begründeten Befugnisse und Obliegenheiten sind im Verfahren vor Bezirksgerichten durch den Einzelrichter auszuüben.

1. Vor den Bezirksgerichten sind die persönlichen Voraussetzungen andere als im Gerichtshofverfahren. Ein einziger Richter, der weder die Vorbereitung der Verhandlung, noch einzelne Acte der Processleitung oder des Beweisverfahrens auf andere übertragen kann, alles allein besorgen muss; keine Rechtsfreunde, welche den Richter durch entsprechende Präparierung des Verhandlungsstoffes unterstützen könnten, oder es kann doch auf die Intervention von Advocaten auf Seite beider Partcien nicht gerechnet werden; und endlich der Mehrzahl nach Parteien, welche des Rechtsganges und seiner Anforderungen ganz unkundig sind (Regierungsmotive, S. 294). Da im bezirksgerichtlichen Verfahren eine Vertretung durch Advocaten nicht geboten ist, kann die Partei Processhandlungen entweder in Person oder durch Bevollmächtigte vornehmen (§ 26), in Streitsachen, deren Wert 500 Gulden nicht übersteigt, jede eigenberechtigte Person männlichen Geschlechtes zum Bevollmächtigten bestellen, während als Bevollmächtigter in Streitsachen von mehr als 500 Gulden an Orten, an welchen wenigstens zwei Advocaten ihren Sitz haben, nur Advocaten zuzulassen sind (§ 29).

Digitized by Google

Die Erklärung über die ertheilte Bevollmächtigung kann auch zu gerichtlichem Protokolle aufgenommen werden (§ 30). Es kann Processvollmacht oder auch nur Vollmacht zu einzelnen Processhandlungen ertheilt werden (§ 33). Parteien, welche das Armenrecht genießen und die Klage bei einem Gerichte außerhalb ihres Wohnsitzes oder ständigen Aufenthaltes anbringen müssen, können die Klage bei dem Bezirksgerichte ihres Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes zu Protokoll erklären und verlangen, dass ihnen zur Wahrung ihrer Rechte ein Beamter der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes zum Vertreter bestellt werde.

Eine Unterbrechung des Verfahrens tritt durch den Tod des zum Processbevollmächtigten bestellten Advocaten im Verfahren vor Bezirksgerichten nicht ein (§ 160). Die übrigen Abweichungen enthalten die nachfolgenden Paragraphe.

Die Vorschriften über die Verpflichtung zur Beantwortung der Klage mittels vorbereitenden Schriftsatzes, sowie die Bestimmungen über die erste Tagsatzung und über das vorbereitende Verfahren sind durch § 440 modificiert. Parteien, welche nicht durch Advocaten vertreten sind, können die Klage und alle Gesuche, Anträge und Mittheilungen zu Protokoll anbringen (§ 434). Rechtsunkundige, nicht durch Advocaten vertretene Parteien sind entsprechend anzuleiten und zu belehren (§ 432).

2. Da im Verfahren vor Bezirksgerichten der Einzelrichter die Obliegenheiten des Vorsitzenden und des Senates auszuüben hat, so ist seine Macht eine viel größere und es entfällt insbesondere eine Entscheidung des Senates über die Verfügungen des Einzelrichters (§§ 186, 342, 516).

Die in den §§ 180 bis 194 dem Vorsitzenden des Senates und dem Senate beigelegten Befugnisse kommen im Verfahren vor Bezirksgerichten dem Einzelrichter zu (§ 195), desgleichen die in den §§ 197 bis 202 enthaltenen Vorschriften über die Sitzungspolizei (§ 203).

Besondere Bestimmungen trifft das Gesetz betreffs des Bagatellverfahrens (§§ 448 bis 453) und des Besitzstörungsverfahrens (§§ 454 ff.), dann das bei § 447 aufgenommene Gesetz vom 27. November 1896, Nr. 218 R.-G.-Bl., betreffs des Verfahrens vor Gewerbegerichten.

§ 432. Der Richter hat Parteien, welche rechtsunkundig und nicht durch Advocaten vertreten sind, erforderlichenfalls die zur Vornahme ihrer Processhandlungen nöthige Anleitung zu geben und dieselben über die mit ihren Handlungen oder Unterlassungen verbundenen Rechtsfolgen zu belehren.

Insbesondere hat der Richter solche Parteien bei Verkündung seiner Entscheidungen auf die Frist, binnen welcher eine

Digitized by Google

Entscheidung durch ein Rechtsmittel angefochten werden kann, und auf die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Bestellung eines Advocaten als Processbevollmächtigten für die Ergreifung des Rechtsmittels vorschreiben, aufmerksam zu machen.

Der Mangel eines rechtsfreundlichen Beistandes muss durch Belehrung insoweit ersetzt werden, als dies für den geordneten Gang des Verfahrens und für die Bewahrung der Partei vor unverschuldeten Rechtsnachtheilen erforderlich ist. Eine solche richterliche Intervention ist überhaupt nothwendig, namentlich aber bei Einführung eines neuen Processgesetzes, dessen Kenntnis sich in der Bevölkerung erst nach längerer Zeit einleben kann. Daher war dem Richter principiell die Pflicht aufzuerlegen, den Parteien die zur Vornahme ihrer Processhandlungen nöthigen Anleitungen zu geben, sie durch entsprechende Rechtsbelehrung zu unterstützen. Wegen der besonderen Wichtigkeit wurde bei der Bezeichnung der Gegenstände der richterlichen Belehrung hervorgehoben, dass den Parteien durch ihre Rechtsunkunde nicht die Möglichkeit verkümmert werden dürfe, richterliche Entscheidungen durch Rechtsmittel anzufechten. Dies schärft auch § 447 von neuem ein. Nur eine Ausübung dieser allgemeinen Unterweisungs- und Belehrungspflicht des Richter ist es, was § 435 betreffs Aufnahme der Klage, beziehungsweise Prüfung derselben und die §§ 437 und 438 betreffs Ladung des Klägers und Beklagten vom Richter verlangen (Regierungsmotive, S. 295).

Die Verkündung der Entscheidungen richtet sich nach § 414 und § 426. Bei nicht verkündeten Entscheidungen ist die Belehrung nur für das Urtheil vorgeschrieben (§ 447).

Die Frist, binnen welcher eine Entscheidung durch ein Rechtsmittel angefochten werden kann, beträgt 14 Tage (§§ 464, 505, 521), im Verfahren bei Streitigkeiten aus dem Bestandvertrage acht Tage (§ 575).

Für das Verfahren vor allen Gerichten höherer Instanz besteht Anwaltszwang (§ 27). An Orten, in welchen nicht mindestens zwei Advocaten ihren Sitz haben, können die Berufungsschriften durch entsprechende Erklärungen zu gerichtlichem Protokolle ersetzt werden (§ 465).

Wenn am Orte des Processgerichtes zwei oder mehrere Advocaten ihren Sitz haben, hat das Processgericht der armen Partei, welche keinen Advocaten hat, auf Antrag oder von amtswegen einen Beamten der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes zur Abfassung der Berufungsschrift zu bestellen (§ 90, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 207 R.-G.-Bl.).

Digitized by Google

Bei Bezirksgerichten können Recurse von Parteien, welche nicht durch einen Advocaten vertreten sind, auch mündlich zu Protokoll angebracht werden, schriftliche Recurse müssen mit der Unterschrift eines Advocaten versehen sein (§ 520).

§ 433. Wer in einer Rechtssache, in welcher der Betrag oder Wert des Streitgegenstandes fünfhundert Gulden nicht übersteigt, eine Klage zu erheben beabsichtigt, ist berechtigt, vor Einbringung derselben bei dem für die Klage zuständigen Bezirksgerichte die Ladung des Gegners zur Verhandlung und zum Zwecke des Vergleichsversuches zu beantragen, wenn der Gegner im Sprengel des Bezirksgerichtes seinen Wohnsitz hat. An Orten, an welchen mehrere Bezirksgerichte bestehen, kann eine solche Ladung außerdem an alle Personen ergehen, die an diesem Orte, wenngleich außerhalb des Sprengels des zuständigen Bezirksgerichtes, ihren Wohnsitz haben.

Gegen die Entscheidung über einen solchen Antrag ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.

Auch bei solchen Anträgen hat das Gericht seine Zuständigkeit zu prüfen.

Ansprüche, welche zur Zuständigkeit des Gerichtshofes gehören oder deren Wert 500 Gulden übersteigt, sind zur Vornahme eines Sühnversuches nicht geeignet. Die örtliche Unzuständigkeit ist nur insofern nicht zu berücksichtigen, als am Wohnorte des Schuldners mehrere Bezirksgerichte bestehen.

Mündliche Anträge sind in der Gerichtskanzlei anzubringen und sogleich durch Ausfertigung der Ladung an den Gegner und mündliche Bekanntgabe des Verhandlungstages an die erschienene Partei zu erledigen. Ein Protokoll ist nicht aufzunehmen. Die Ladung ist der erschienenen Partei zur Zustellung zu übergeben. Schriftliche Anträge sind auf dieselbe Art durch die Gerichtskanzlei zu erledigen, dem Antragsteller ist der Verhandlungstag schriftlich bekannt zu geben (§ 147 Gesch. O.). Der Antrag kann auch an Gerichtstagen gestellt werden (§ 57 Gesch. O.). Das Ausbleiben von der Tagsatzung hat keine Rechtsfolgen. Erscheinen beide Parteien, so ist die Herbeiführung eines Vergleiches zu versuchen, kommt ein Vergleich zustande, so ist dessen Inhalt über Antrag in das Verhandlungsprotokoll aufzunehmen (§ 204).

Die Intervention von Rechtsfreunden oder sonstigen Bevollmächtigten ist nicht ausgeschlossen. Die Kosten des abgeschlossenen Vergleiches sind, wenn nicht etwas anderes vereinbart wird, als gegenseitig aufgehoben anzusehen (§ 47).

Bleiben die Vergleichsverhandlungen erfolglos, so ist die Verpflichtung zum Ersatze der mit denselben verbundenen

Digitized by Google

Kosten von der Entscheidung der Hauptsache abhängig. Mit Zustimmung des Beklagten kann auch sofort die Klage aufgenommen und über dieselbe verhandelt werden (§ 439).

§ 434. Die Klage, sowie alle außerhalb der mündlichen Verhandlung vorzubringenden Gesuche, Anträge und Mittheilungen können die Parteien, wenn sie nicht durch Advocaten vertreten sind, zu Protokoll anbringen.

Das Anbringen der Klage und aller sonstigen Gesuche zu Protokoll ist nur dann zulässig, wenn die Partei nicht durch einen Advocaten vertreten ist, sofern ein Protokollaranbringen im concreten Falle nicht auch im Gerichtshofverfahren (§§ 72, 162, 384, 22 J. N.) erfolgen kann. Außer der schriftlichen und protokollarischen Anbringung der Klage ist auch die mündliche Erhebung derselben bei gleichzeitigem Erscheinen beider Parteien vor Gericht vorgesehen (§ 439). In diesem Falle erfolgt keine Zustellung und die Streitanhängigkeit tritt mit dem Zeitpunkte der Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung ein (§ 232).

Das protokollarische Anbringen ist nach den Bestimmungen über die Schriftsätze einzurichten (§ 79). Für die nach § 81 nothwendigen Abschriften der Beilagen hat die Partei zu sorgen, doch kann ihr das Gericht durch amtliche Ausfertigung derselben an die Hand gehen. Die Kosten der gerichtlichen Ausfertigung von Beilageabschriften sind von der das Armenrecht genießenden Partei nicht anzusprechen (§ 64).

Anträge, Gesuche und bei Gericht abzugebende Erklärungen, die mündlich vorgebracht werden dürfen und nicht nach gesetzlicher Vorschrift vom Richter selbst entgegen zu nehmen sind, können in der Gerichtskanzlei zu Protokoll genommen werden. Das Protokoll ist erforderlichenfalls dem zuständigen Gerichte einzusenden (§ 56 Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.). Ueber die Mitwirkung der Gerichtskanzlei vgl. den Nachtrag.

§ 435. Wenn die schriftlich überreichte Klage nach Ansicht des Richters in irgend einem Punkte einer Ergänzung oder Aufklärung bedarf, oder wenn sich gegen die Einleitung des Verfahrens Bedenken ergeben, hat der Richter dem Kläger, wenn derselbe nicht durch einen Advocaten vertreten ist, vor Erledigung der Klage, zu den entsprechenden Vervollständigungen oder Richtigstellungen die nöthige Anleitung zu geben.

Erscheint die mündlich zu Protokoll gegebene Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges, Unzuständigkeit des Gerichtes, wegen Mangels der persönlichen Befugnis zur Klage oder wegen mangelnder Processfähigkeit des Beklagten unzulässig, so ist hierüber dem Kläger mündlich oder auf Verlangen schriftlich

Digitized by Google

Belehrung zu ertheilen. Ebenso ist, wenn die Klage offenbar unbegründet erscheint, dem Kläger mündlich eine angemessene Belehrung zu ertheilen. Die Aufnahme der Klage darf jedoch nicht verweigert werden, wenn der Kläger trotz der Belehrung auf der Protokollierung besteht.

Neben der Beseitigung von Formgebrechen (§ 84) hat das Gericht immer von amtswegen auf die Beseitigung des mangelnden Nachweises der Processfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung und der etwa erforderlichen besonderen Ermächtigung zur Processführung (§ 6) und auf die Behebung des mangelnden Nachweises der Vollmacht zu sehen. Außerdem ist bei Parteien, welche nicht durch Advocaten vertreten sind, für die Einhaltung der Vorschriften des § 226 über den Inhalt der Klage zu sorgen. Bei mündlich zu Protokoll gegebenen Klagen tritt die mündliche oder schriftliche Belehrung über die mangelnde active oder passive Processfähigkeit (§ 1), die Unzulässigkeit des Rechtsweges (§ 42 J. N.), die Unzuständigkeit des Gerichtes (§ 43 J. N.) und die mündliche Belehrung über die offenbare Unbegründetheit der Klage hinzu. Ein Zwang zum Erscheinen der Partei zum Zwecke der Vervollständigung der Klage besteht nicht. Kommt die Partei den richterlichen Anleitungen nicht nach, so ist die Klage, wenn die Bedingungen dazu gegeben sind, als zur Anordnung der Tagsatzung nicht geeignet zurückzustellen (§ 230) oder, auch wenn sie offenbar unbegründet ist, die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung anzuordnen.

§ 436. Die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung über die Klage kann in dringenden Fällen und insbesondere bei Klagen wegen Besitzstörung auf den nämlichen Tag anberaumt werden, an welchem die Klage bei Gericht angebracht wurde.

Wenn der Richter die Abhaltung einer ersten Tagsatzung (§ 239) für zweckdienlich hält, so hat er dies in Erledigung der Klage ausdrücklich zu bestimmen, sonst ist, nachdem die Verpflichtung des Beklagten zur Beantwortung der Klage mittels vorbereitenden Schriftsatzes (§ 243), sowie die Bestimmungen über das vorbereitende Verfahren (§ 245) keine Anwendung finden (§ 440), die Tagsatzung sofort zur mündlichen Streitverhandlung und zwar in der Regel so anzuberaumen, dass zwischen der Zustellung und der Tagsatzung ungefähr ein Zeitraum von 14 Tagen zu liegen kommt (§ 231).

Zugleich ist über die gemäß § 229 gestellten Anträge zu entscheiden (§ 257). Verzögerungen in der Zustellung können gemäß § 139 zur Erstreckung der Tagsatzung führen.

Digitized by Google

§ 437. Der Kläger ist durch Zustellung einer Ausfertigung des über die Klage ergehenden Beschlusses mit der Aufforderung zur mündlichen Verhandlung zu laden, die während der Verhandlung in Augenschein zu nehmenden Gegenstände und die sich auf den Rechtsstreit beziehenden dem Gerichte noch nicht in Urschrift vorliegenden Urkunden zur Tagsatzung mitzubringen. In der Ladung ist dem Kläger bekannt zu geben, welche Nachtheile das Gesetz mit dem Versäumen der Tagsatzung verbindet.

Die Ladung (§ 131) erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen. Hat der Kläger die Bestellung eines Processbevollmächtigten nachgewiesen, so erfolgt die Ladung an diesen (§ 93). Die Aufforderung zur Beibringung der Augenscheinsgegenstände und Urkunden hat in Ausübung der processleitenden Befugnisse der §§ 183, 229 und der diesbezüglichen Verpflichtung der Partei zu erfolgen. Ein allgemeiner Beisatz in jeder über die Klage ergehenden Ladung dürfte sich nach den in der Praxis diesbezüglich im Besitzstörungsverfahren gesammelten Erfahrungen nicht empfehlen, da rechtsunkundige Parteien dadurch veranlasst werden, zur Sache gar nicht gehörige Urkunden mitzubringen und dem Richter vorzulegen.

Da es sich nunmehr auch um Augenscheinsgegenstände handelt, würde dadurch der Partei, z. B. bei Viehmängeln, bei Bemängelung einer Maschine oder einer größeren Warenmenge in vielen Fällen unnöthiger Aufwand an Mühe und Zeit verursacht werden.

Die Aufforderung wird sich daher auf bestimmte, in den Händen des Klägers befindliche und von ihm in der Klage bezogene Urkunden und nach Lage der Sache auf bestimmte Augenscheinsgegenstände zu beschränken haben, deren Herbeischaffung ohne erhebliche Schwierigkeiten (§ 368) möglich ist und deren Besichtigung voraussichtlich nothwendig und nach Lage der Sache auch in der angeordneten mündlichen Tagsatzung möglich sein wird, weshalb gegebenenfalls auch gleichzeitig die Ladung eines oder mehrerer Sachverständiger zu veranlassen sein wird.

Dagegen ist dem Kläger immer bekannt zu geben, dass im Falle seines Ausbleibens das auf den Gegenstand des Rechtsstreites bezügliche thatsächliche Vorbringen des erschienenen Beklagten, soweit dasselbe nicht durch die vorliegenden Beweise widerlegt wird, für wahr gehalten und auf dieser Grundlage auf Antrag der erschienenen Partei über das Klagebegehren durch Versäumungsurtheil erkannt würde (§ 396). Wird dieser

Digitized by Google

Beisatz unterlassen, so kann ein Versäumungsurtheil nicht gefällt werden (§§ 145, 402).

Bei Erledigung der Klage hat auch die vorgeschriebene Verständigung gewisser Behörden (§ 230) zu erfolgen.

§ 438. Die Ladung des Beklagten geschieht durch Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung des über die Klage ergehenden Beschlusses unter gleichzeitiger Mittheilung eines Exemplares der schriftlichen Klage oder einer Abschrift des über die Klage aufgenommenen Protokolles. Bei protokollarischer Ergänzung oder Richtigstellung der schriftlichen Klage ist dem Beklagten auch eine Abschrift dieses Protokolles zuzustellen. Der Beklagte ist zugleich aufzufordern, die sich auf den Rechtsstreit beziehenden Augenscheinsgegenstände und Urkunden zur Tagsatzung mitzubringen und wegen der Vorlage der im Besitze des Gegners oder in Verwahrung einer öffentlichen Behörde oder eines Notars befindlichen Beweisurkunden und Augenscheinsgegenstände, sowie wegen etwaiger gerichtlicher Vorladung von Zeugen noch vor der für die mündliche Verhandlung anberaumten Tagsatzung seine Anträge zu stellen. In der Ladung ist dem Beklagten bekannt zu geben, welche Nachtheile das Gesetz mit dem Versäumen der Tagsatzung verbindet.

Die Ladung des Beklagten hat zu eigenen Handen (§ 106) zu erfolgen.

Bei Streitgenossen hat jeder derselben eine Ausfertigung zu erhalten (§ 80). Die Belehrung über die Verpflichtung zur Namhaftmachung eines Zustellungsbevollmächtigten (§ 97) kann der mündlichen Verhandlung vorbehalten werden. Außerdem sind jedem Beklagten Abschriften der Klagsbeilagen zuzustellen (§ 81). Die Aufforderung wegen Beischaffung der Augenscheinsgegenstände und Urkunden ist aus den bei § 437 angeführten Gründen facultativ. Nur jene Urkunden und Augenscheinsgegenstände, deren Vorlage der Kläger beantragt hat (§ 229) oder deren Beischaffung der Richter für nothwendig erachtet (§ 183), werden in der Aufforderung zu bezeichnen sein, sofern die Herbeischaffung der Augenscheinsgegenstände ohne erhebliche Schwierigkeiten (§ 368) möglich und deren Besichtigung voraussichtlich nothwendig erscheint und nach Lage der Sache in der angeordneten Tagsatzung vorgenommen werden kann.

Dagegen ist die Aufforderung zur Stellung der Anträge wegen Beischaffung der im Besitze des Klägers (§ 303) oder in Verwahrung einer öffentlichen Behörde oder eines Notars befindlichen Urkunden und Augenscheinsgegenstände (§ 229) sowie wegen Ladung von Zeugen obligatorisch und soll dem

Digitized by Google

Beklagten die Möglichkeit bieten, die Herbeischaffung derselben trotz Wegfall der Klagebeantwortung (§ 243) ohne Verzögerung der Verhandlung zu erwirken. Die Zeugen kann der Beklagte auch zur Verhandlung mitbringen (§ 288). Die Rechtsbelehrung über die Folgen des Ausbleibens ist dieselbe wie für den Kläger (§ 437). Bei Unterlassung derselben kann ein Versäumungsurtheil nicht gefällt werden (§§ 145, 402).

§ 439. An bestimmten Gerichtstagen, welche im voraus festzusetzen und durch Anschlag am Gerichtshause bekannt zu machen sind, kann der Kläger mit der Gegenpartei auch ohne Vorladung vor Gericht erscheinen, um einen Rechtsstreit anhängig zu machen und darüber zu verhandeln.

In diesem Falle ist das Klagebegehren in dem Verhandlungsprotokolle aufzuzeichnen.

Die Vorschrift des § 439, welche den Parteien gestattet, ganz ohne alle Vorbereitung, ohne Klage und Ladung, vor Gericht zu erscheinen, um einen Rechtsstreit anhängig zu machen und darüber sofort zu verhandeln (Regierungsmotive, S. 295), setzt den übereinstimmenden Willen der Parteien voraus. Wenn nach dem Vortrage der Klage der erschienene Beklagte nicht verhandeln will, so wird ein Versäumungsurtheil nicht erlassen werden dürfen, weil er nicht ordnungsmäßig geladen war (§ 402). Es wird in diesem Falle die Klage in das Verhandlungsprotokoll aufzunehmen und dem Beklagten unter Anordnung einer neuen Tagsatzung ordnungsmäßig zuzustellen sein.

Die Streitanhängigkeit tritt mit dem Zeitpunkte der Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung ein (§ 232), fällt also mit der Klagsanbringung zusammen.

Der Justizminister kann die Abhaltung regelmäßiger Gerichtstage (Amtstage) außerhalb des Gerichtssitzes anordnen. Bei besonderem Geschäftsandrang kann vom Präsidenten des Gerichtshofes erster Instanz die Abhaltung eines oder mehrerer außerordentlicher Gerichtstage gestattet werden (§ 29 Ger.-Verf.-Ges.). Die Gerichtstage sind von dem Vorsteher oder auf dessen Anordnung von einem Einzelrichter des Bezirksgerichtes abzuhalten (§ 56 G. O.).

Auf den Gerichtstagen können Klagen, Privatklagen, Anzeigen, Gesuche, Anträge und sonstige Erklärungen, deren mündliches Vorbringen das Gesetz gestattet, zu Protokoll gegeben, schriftliche Eingaben aller Art, mit Ausnahme derjenigen, mit welchen Geld oder Geldeswert deponiert werden soll, dem Richter eingehändigt werden.

Für die Abgabe von Erklärungen, für die Ueberreichung von Schriftsätzen oder für andere Eingaben gesetzte Fristen

Digitized by Google

sind eingehalten, wenn vor Ablauf der Frist die Erklärung am Gerichtstage zu Protokoll gegeben oder die Eingabe dem Richter überreicht wurde. Für die Rangordnung in Grundbuch- und Verfachbuchsachen ist jedoch lediglich die Eintragung der auf dem Gerichtstage überreichten Gesuche oder protokollierten Anträge in das Tagebuch für Grundbuchs- oder Verfachbuchseingaben entscheidend (§ 61, Abs. 3 Gesch. O.).

Die Gerichtstage können ferner zu Beweisaufnahmen, namentlich zur Einvernehmung von Zeugen und Sachverständigen, zur Einvernehmung des Beschuldigten oder zur Ausführung der Geschäfte eines ersuchten Richters, zur Vornahme von Vergleichsversuchen (§ 433 C. P. O.), zur Abhaltung von ersten Tagsatzungen (§ 440 C. P. O.), zur Vorbereitung der mündlichen Streitverhandlung in Rechnungsprocessen und anderen im § 245, Z. 1 C. P. O. bezeichneten Rechtsstreitigkeiten (§ 440, Abs. 3 C. P. O.), sowie zur Verhandlung über einstweilige Verfügungen und andere Punkte oder Zwischenfälle der beim Bezirksgerichte anhängigen Rechtssachen verwendet werden.

In Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit außer Streitsachen können insbesondere die Verhandlungen über angebrachte Erbserklärungen und die Anmeldungen von Gläubigern, die Errichtung der im Verlassenschaftsverfahren zu erstattenden Ausweise, die Vorlage der für die Ertheilung der Einantwortung erforderlichen Nachweisungen, die Verhandlungen über die Ernennung des Vormundes, die Entgegennahme der Angelobung von Vormündern und die Verhandlungen über Vormundschaftsrechnungen, Großjährigkeitserklärungen und Heiratsgenehmigungen, sowie Erhebungen betreffs Herstellung der Uebereinstimmung zwischen Grundbuch und Cataster auf dem Gerichtstage stattfinden. Amtshandlungen, die den Richter für längere Zeit oder für den größten Theil des Gerichtstages dem Verkehre mit den übrigen Parteien entziehen oder ihn außerhalb des Amtslocales zu verweilen zwingen würden, wie z. B. Feilbietungen, Augenscheinsvornahmen u. ä. sind in der Regel während des Gerichtstages nicht vorzunehmen.

Die Entscheidung über die während des Gerichtstages verhandelten Fragen kann, wenn die Zeit am Gerichtstage nicht ausreicht und die Unterbrechung den Erfolg der Entscheidung nicht gefährdet, der ordentlichen Geschäftsführung nach der Rückkehr zum Bezirksgerichte vorbehalten werden (§ 57 G. O.).

Mündliche Streitverhandlungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten dürfen auf dem Gerichtstage nur dann stattfinden,

Digitized by Google

wenn entweder die Erledigung keinen Aufschub zulässt und für die Verhandlung die Nähe gewisser Oertlichkeiten von Belang sein kann, oder wenn das Erscheinen vor Gericht den Parteien oder wenigstens einer von ihnen einen empfindlichen Abbruch am täglichen Erwerb verursachen würde, vorausgesetzt, dass an der Verhandlung lediglich ortsanwesende Personen betheiligt sind und die Sache voraussichtlich ohne Vertagung spruchreif gemacht werden kann. Namentlich sind unter diesen Bedingungen Bestand- und Besitzstörungsstreitigkeiten, Vaterschafts- und Alimentationsklagen, Streitigkeiten aus dem Arbeits-, Lehr- oder Lohnverhältnisse und Streitigkeiten, die gemäß § 439 C. P. O. anhängig werden, sowie Bagatellsachen auf den Gerichtstagen zu verhandeln und zu entscheiden.

Verhandlungen in Strafsachen sind auf Gerichtstagen nur wegen Uebertretungen, die auf Begehren eines Privatklägers zu verfolgen sind, zulässig, falls der Ankläger und der Beschuldigte zugleich vor dem Richter erscheinen, alle Beweismittel für die Anklage und Vertheidigung zur Hand sind, und der Beschuldigte der Verhandlung zustimmt (§ 451 St. P. O.) (§ 58 G. O.).

Wenn in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die abgesonderte Abhaltung einer ersten Tagsatzung beschlossen wird, so kann diese unmittelbar auf einen Gerichtstag angeordnet werden. Gleiches kann auf Antrag des Klägers oder von amtswegen geschehen, wenn zwar schon die erste Tagsatzung zur Vornahme der Streitverhandlung bestimmt wird, die Streitverhandlung aber gemäß § 58 am Gerichtstage stattfinden kann.

Ebenso sind wegen aller übrigen Geschäfte und Verhandlungen, die nicht erst am Gerichtstage selbst anhängig werden, rechtzeitig auf Antrag eines Betheiligten oder von amtswegen die erforderlichen Ladungen zum Gerichtstage zu erlassen. Die Betheiligten können den Antrag durch Vermittlung des Gemeindevorstehers stellen.

In den Ladungen ist zu bemerken, dass der Ort, an welchem der Gerichtstag abgehalten wird, für die Rechtssache als Amtssitz des Bezirksgerichtes gilt (§ 29, letzter Absatz G. O. G.), und daher die Ladung zum Gerichtstage die nämlichen Rechtsfolgen wie eine Ladung vor das Bezirksgericht nach sich zieht.

Der mit der Abhaltung des Gerichtstages betraute Richter hat sich für alle auf diesen Tag anberaumte Geschäfte und Verhandlungen genügend vorzubereiten und sich namentlich die dabei voraussichtlich benöthigten Acten, Zustellungsscheine

Digitized by Google

und Daten aus den Grundbüchern, aus den Waisen- und Depositenbüchern sowie aus dem Cataster zu verschaffen, damit nicht einzelne Amtshandlungen mangels der möglich gewesenen Vorbereitung oder Informierung unausgeführt oder unvollendet bleiben müssen (§ 59 G. O.).

Die Stunde für den Beginn und die Dauer des Gerichtstages ist vom Vorsteher des Bezirksgerichtes nach der Zeit, zu welcher der richterliche Beamte im fraglichen Orte eintreffen kann, und unter sorgfältiger Berücksichtigung der Verhältnisse und Gewohnheiten der Bevölkerung des Ortes zu bestimmen. Die Hin- und Rückreise des richterlichen Beamten ist so einzurichten, dass die möglichst volle und den localen Bedürfnissen entsprechende Zeit für die Geschäfte des Gerichtstages erübrigt.

Ausnahmsweise und nur aus besonders wichtigen Gründen, insbesondere um einzelne sehr dringliche Geschäfte zu Ende zu führen (z. B. Entscheidung von Besitzstörungsstreitigkeiten), kann auch noch der nächste Tag zum Gerichtstage hinzugenommen werden; wegen größeren Andranges von Geschäften allein ist eine solche Ausdehnung nicht statthaft.

Fällt der in regelmäßiger Wiederkehr für einen bestimmten Wochentag festgesetzte Gerichtstag einmal auf einen Feiertag, so ist er nach Thunlichkeit an einem anderen Tage der nämlichen Woche abzuhalten; diese Aenderung ist auf dem letzten vorhergehenden Gerichtstage bekannt zu machen.

Gerichtstage können auch während der Gerichtsferien abgehalten werden (§ 60 G. O.).

Die während des Gerichtstages aufgenommenen Protokolle und die dem Richter eingehändigten Eingaben sind, unter Angabe des Namens der Parteien und des Gegenstandes, nach der Zeitfolge unter fortlaufenden Zahlen in ein Verzeichnis einzutragen und mit diesem Verzeichnis unverzüglich nach der Rückkehr zum Bezirksgerichte derjenigen Person, welche die an das Bezirksgericht gelangenden Eingaben in Empfang zu nehmen hat, zum Zwecke der vorgeschriebenen weiteren geschäftlichen Behandlung zu übergeben. Gleichzeitig überreichte Grundbuchseingaben, die sich auf die nämliche Liegenschaft oder auf das nämliche bücherlich eingetragene Recht beziehen, sind in das Verzeichnis mit dem Beisatz: „Gleichzeitig mit Z. . . . .“ aufzunehmen.

Diese Verzeichnisse sind nach Orten des Gerichtstages und nach dem Datum geordnet aufzubewahren und zu den Präsidialacten zu hinterlegen.

Digitized by Google

Die Eintragungen in das Tagebuch für Grundbuchs- oder Verfachbuchseingaben und in die bei den Gerichten geführten Register haben nach der Ordnung des vorgelegten Verzeichnisses unter Berücksichtigung der darin angemerkten Gleichzeitigkeit zu geschehen.

Bei Beglaubigungen und anderen Erledigungen, die sogleich auf dem Gerichtstage ausgefertigt werden, geschieht dies unter der Zahl des auf dem Gerichtstage geführten Verzeichnisses, z. B. Gerichtstag in N., 23. Februar 1898, Z. 15“ (§ 61, G. O. v. 5. Mai 1897, Nr. 112 R.-G.-Bl.).

§ 440. Im bezirksgerichtlichen Verfahren ist in der Regel schon die erste Tagsatzung zur Vornahme der Streitverhandlung zu bestimmen. Es kann jedoch die abgesonderte Abhaltung einer ersten Tagsatzung zur Vornahme der im § 239 bezeichneten Processhandlungen angeordnet werden.

Die im zweiten Theile enthaltenen Vorschriften über die Verpflichtung des Beklagten zur Beantwortung der Klage mittels vorbereitenden Schriftsatzes, sowie die Bestimmungen über das vorbereitende Verfahren vor einem beauftragten Richter finden im Verfahren vor Bezirksgerichten keine Anwendung.

In Rechtsstreitigkeiten der in § 245, Z. 1, bezeichneten Art kann jedoch vom Gerichte den Parteien, wenn sie durch Advocaten vertreten sind, der Wechsel vorbereitender Schriftsätze aufgetragen werden, oder es kann zur Vorbereitung der mündlichen Streitverhandlung eine Einvernehmung der Parteien zu gerichtlichem Protokolle stattfinden.

Die mündliche Verhandlung ist womöglich bei der ersten über die Klage bestimmten Tagsatzung zu Ende zu führen.

Der Auftrag zur schriftlichen Feststellung von Anträgen und Erklärungen (§ 265) kann vom Richter nur denjenigen Parteien ertheilt werden, welche bei der mündlichen Verhandlung durch Advocaten vertreten sind.

1. Eine gesonderte erste Tagsatzung im Sinne des Gerichtshofverfahrens wird nur anberaumt werden können, wo dies ohne Nachtheil der Parteien geschehen kann, weil z. B. wegen des Umfanges des Verhandlungsstoffes von vornherein sicher ist, dass mehrere Tagsatzungen in dieser Rechtssache werden stattfinden müssen. Diese Sonderung wird auch nur nothwendig sein, wo der Verhandlungsstoff reichhaltiger ist (Regierungsmotive S. 296). Die bei § 239 angeführten Motive der Einführung einer „ersten Tagsatzung“ werden es jedoch bei größeren, vielbeschäftigten Bezirksgerichten zweckmäßig erscheinen lassen,

Digitized by Google

auch dann eine erste Tagsatzung anzuordnen, wenn in der Regel zahlreiche Klagen von Firmen einlaufen, die meist zur Erlassung eines Cotumazurtheiles führen.

Wird eine erste Tagsatzung angeordnet, was in Erledigung der Klage immer ausdrücklich auszusprechen sein wird, so findet diese vor dem zur Entscheidung der Sache berufenen Einzelrichter statt und es haben die Vorschriften der §§ 239 bis 242 auf dieselbe Anwendung zu finden.

Falls sich nach den Ergebnissen dieser Tagsatzung die Anordnung einer Streitverhandlung als nothwendig herausstellt, wird jedoch nicht die Beantwortung der Klage (§ 243) aufzutragen, sondern sogleich bei der Tagsatzung eine neue Tagsatzung zur Streitverhandlung anzuordnen sein. In der Regel ist jedoch gleich über die Klage die Tagsatzung zur Streitverhandlung (§§ 257 ff.) anzuordnen.

2. Dem Beklagten kann die Beantwortung der Klage (§ 243) mittels vorbereitenden Schriftsatzes in Erledigung derselben niemals aufgetragen werden, eine solche Beantwortung steht jedoch dem Beklagten frei, wie auch beiden Parteien der Wechsel weiterer vorbereitender Schriftsätze im Sinne des § 258 gestattet und zur Ermöglichung der Fällung eines Versäumungsurtheiles (§ 442) sowie zur Vermeidung von Tagsatzungsverlegungen in manchen Fällen räthlich sein wird. In den sogenannten Punktensachen (§ 245, Anm. 2) kann den Parteien der Wechsel vorbereitender Schriftsätze aufgetragen werden, jedoch nicht in Erledigung der Klage, sondern erst dann, wenn durch Vorlage der Processvollmachten (§ 30) nachgewiesen ist, dass beide Theile durch Advocaten vertreten sind. Findet der Richter den Wechsel vorbereitender Schriftsätze nicht erforderlich, so hat er in Punktensachen — ob die Parteien durch Advocaten vertreten sind oder nicht — die Wahl, entweder im Sinne des § 250 in der mündlichen Verhandlung mit beiden Parteien oder im Sinne des § 251 durch Einvernehmung jeder Partei für sich das Sachverhältnis zu ermitteln. Diese Vorschrift bezweckt, in Rechnungsprocessen auch vor Bezirksgerichten eine geeignete Vorbereitung zuzulassen (Motive des Ausschusses, S. 44). Ein vorbereitendes Verfahren im Sinne und mit den Rechtsfolgen der §§ 245 ff. 263 liegt jedoch auch hier nicht vor, die Bestimmungen über das vorbereitende Verfahren finden im Verfahren vor Bezirksgerichten keine Anwendung und die Einvernehmung der Parteien darf durch einen beauftragten Richter nicht erfolgen.

Auf Seite des Gerichtes kann eine Arbeitstheilung nicht in Aussicht genommen werden. Es fehlt ihre wichtigste Vorbedingung, ein Mitarbeiter (Regierungsmotive, S. 296).

Digitized by Google

Auch die Unterlassung der aufgetragenen Klagebeantwortung wird keine Versäumungsfolgen nach sich ziehen, weil eine Verpflichtung zur Klagebeantwortung überhaupt nicht besteht (Schuster von Bonnott, S. 449). Für die weiteren Fälle eines vorbereitenden Verfahrens (§§ 245, Z. 2 und 3) ist auch der Auftrag des Wechsels vorbereitender Schriftsätze und eine Einvernehmung der Parteien nicht zulässig.

3. Tagsatzungsverlegungen müssen noch mehr als im Gerichtshofsverfahren vermieden oder doch eingeschränkt werden, denn zu allen anderen Nachtheilen würde sich hier noch der gesellen, dass die Parteien dadurch in ihrem Wirtschaftsbetriebe gehemmt und geschädigt werden könnten. Deshalb hält es der Entwurf für nothwendig, ausdrücklich zu betonen, dass die mündliche Verhandlung im Bezirksgerichtsverfahren womöglich gleich bei der ersten Tagsatzung zu Ende zu führen sei (Regierungsmotive, S. 296). Dieselbe ist nach den allgemeinen Vorschriften über die mündliche Verhandlung (§§ 171 bis 203, 259, 260, 261) durchzuführen; sie umfasst auch die Beweisaufnahme (§§ 275 ff.) und die Erörterung ihrer Ergebnisse.

Der Einzelrichter hat während derselben alle Befugnisse, welche im Gerichtshofverfahren dem Vorsitzenden und dem Senate zustehen.

4. Die Erklärungen und Anträge, deren schriftliche Feststellung zulässig ist, sind in den §§ 208, 209 angeführt. Zu denselben gehört auch die Rüge von Mängeln des Verfahrens, wenn derselben nicht gleich bei der Verhandlung entsprochen wird (§ 196).

Auch Widersprüche gegen das Protokoll (§ 212) und gegen den Urtheilsthatbestand (§ 445) können in schriftlicher Feststellung dem Protokolle beigefügt werden.

Ueber die Richtigkeit der Feststellung entscheidet der Verhandlungsrichter (§ 265), gegen dessen Entscheidung ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen. Entscheidet der Richter, dass die schriftlichen Feststellungen unrichtig sind, so hat er dieselben zurückzuweisen und die betreffenden Anträge, Erklärungen u. s. w. zu protokollieren. Gegen die Fassung des Protokolles kann sodann die Partei Widerspruch erheben (§ 212).

Der persönlich den Process führenden Partei wird die schriftliche Feststellung von Anträgen und Erklärungen nicht aufgetragen werden dürfen (Regierungsmotive, S. 296). Verlangt sie dies, so kann ihr die schriftliche Feststellung gestattet werden, auch wenn sie nicht durch einen Advocaten vertreten wird (§ 265).

Digitized by Google

5. Nachdem für das Verfahren vor Bezirksgerichten Anwaltszwang nicht besteht (§ 27), so ist zu erörtern, ob ein als Bevollmächtigter bestellter Advocat auf Grund der Bestimmungen des § 31 für Verhandlungen vor Bezirksgerichten auch andere Stellvertreter als Advocaten oder bei ihm in Verwendung stehende substitutionsberechtigte Advocaturscandidaten bestellen kann. Dr. Friedländer (Gerichtszeitung 1896, Nr. 16) vertritt diese Ansicht, deren Richtigkeit von Dr. Georg Neumann (Gerichtszeitung 1896, Nr. 38) bestritten wird. Letzterer schließt aus § 15, Adv.-Ord. und aus dem Wortlaute des § 31, der zwischen Stellvertretung bei Verhandlungen und bei Processhandlungen unterscheidet, dass bei ersteren der Advocat nur durch seinen Concipienten vertreten werden könne.

Die Ansicht Friedländers dürfte die richtige sein. Es wird jedoch der Stellvertretung des Advocaten durch Solicitatoren etc. der § 42 einen wirksamen Damm entgegensetzen, wonach Bevollmächtigten, welche nicht dem Advocaten- oder Notariatsstande angehören, keine Interventionskosten zugesprochen werden dürfen.

Den Notaren ist die Vertretung von Parteien im summarischen Verfahren (Art. II, E. G.) unter der Bedingung gestattet, dass die Vertretung nicht aus einem von ihnen aufgenommenen Notariatsacte herrühre, und dass sie aus solchen Vertretungen nicht einen förmlichen Erwerbszweig machen (J. M. E. v. 17. Februar, 1852, Z. 17431), dessen Fortbestand von Dr. Friedländer (Gerichtszeitung 1896, Nr. 27) behauptet, von Dr. Bežek (Zeitschrift für Notariat u. s. w. 1896, Nr. 23) bestritten wird.

§ 441. Die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes hat der Beklagte auch dann, wenn schon die erste Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung bestimmt ist, bei derselben vorzubringen, bevor er sich in die Verhandlung über die Hauptsache einlässt. Nach Abhaltung der ersten Tagsatzung oder nach Einlassung des Beklagten zur Hauptsache kann die Unzuständigkeit des Gerichtes nur unter den Voraussetzungen des § 240, Abs. 2, berücksichtigt werden.

1. Sobald die erste Tagsatzung aufhört, eine organische Processeinrichtung zu sein, muss wegen der Bestimmungen der §§ 239, 240 für die Anbringung der Einrede der Unzuständigkeit, welche im Gerichtshofsverfahren auf jene erste Tagsatzung gewiesen ist, für das Bezirksgerichtsverfahren eine ergänzende Vorschrift erlassen werden. Dies geschah durch § 441, welcher — dem heutigen Rechte gemäß — unter Androhung der Prä-

Digitized by Google

clusionsfolge die Einbringung jener Einrede vor Einlassung zur Hauptsache vorschreibt (Regierungsmotive, S. 296).

Nur in dem Falle unverzichtbarer Incompetenz (§ 104, J. N.) kann diese Einrede auch im Verlaufe der Verhandlung geltend gemacht werden, was auch von den Einreden der Unzulässigkeit des Rechtsweges (§ 42 J. N.) der Streitanhängigkeit (§ 232) und der Rechtskraft (§ 411) gilt, welche jederzeit von amtswegen zu berücksichtigen sind (§ 240). Die Einrede der Unzuständigkeit muss bei der ersten Verhandlungstagsatzung eingebracht werden.

Als eine Tagsatzung, welche vor sich geht, ist auch jene anzusehen, deren Erstreckung von den erschienenen Parteien angesucht wird (E. d. O. G. H. Spr.-Reg. Nr. 71).

Erscheint der Beklagte bei der Tagsatzung nicht und wird dieselbe erstreckt (§ 402) oder tritt Ruhen des Verfahrens ein (§ 170), so wird der Beklagte mit dieser Einrede nicht präcludiert.

Die Bestreitung der unzulässigen Aenderung des Klagebegehrens (§ 235), die Gestattung der Klagsänderung, der Antrag auf Zurückweisung der Klage wegen Processunfähigkeit eines der Streittheile oder wegen mangelnder Berechtigung der als Vertreter einschreitenden Person, endlich der Antrag auf Sicherheitsleistung für die Processkosten sind noch keine Verhandlung in der Hauptsache, weil sie nach § 239 in der „ersten Tagsatzung“ vorgebracht werden können.

Die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes ist im Bezirksgerichtsverfahren in der ersten Tagsatzung zur Streitverhandlung nicht bloß anzumelden, sondern es wird über dieselbe sowie über die Unzulässigkeit des Rechtsweges, die Streitanhängigkeit oder Rechtskraft sofort entweder abgesondert oder in Verbindung mit der Hauptsache zu verhandeln und zu entscheiden sein (§ 261). Die Partei, welche eine dieser Einreden erhebt, ist nicht berechtigt, deshalb die Einlassung in die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern (§ 260).

2. Der Antrag auf Sicherheitsleistung für die Processkosten (§ 59)ist — abgesehen von den Ausnahmsfällen des § 58 — bei sonstiger Präclusion in der ersten Tagsatzung und vor Einlassung in die Hauptsache zu stellen und es ist über denselben sogleich bei der ersten Tagsatzung zu verhandeln und zu entscheiden. Die Entscheidung erfolgt mittels mündlich zu verkündenden Beschlusses. Wird dem Antrage stattgegeben, so ist zugleich der Betrag der zu leistenden Sicherheit und die Frist zu bestimmen, binnen welcher dieser Betrag gerichtlich zu erlegen oder die Unfähigkeit zum

Digitized by Google

Erlage eidlich zu bekräftigen ist. In der dem Kläger zuzustellenden schriftlichen Ausfertigung des Beschlusses ist ihm zu eröffnen, dass im Falle fruchtlosen Ablaufes dieser Frist die Klage auf Antrag des Beklagten vom Gerichte für zurückgenommen erklärt würde (§ 60). Wird der Antrag auf Sicherheitsleistung abgewiesen, so kann vom Gerichte die Fortsetzung des Verfahrens angeordnet werden (§ 61).

3. Ueber die Benennung des Auctors und das diesbezügliche Verfahren sind die Bemerkungen bei den §§ 22, 23 und 24 und Anm. 3 b bei § 239 zu vergleichen, doch wird auch der im § 22 vorgeschriebene Schriftsatz durch ein Protokollaranbringen ersetzt werden können. Die Vornahme eines Vergleichsversuches (§ 204) ist nicht vorgeschrieben, ein abgeschlossener Vergleich ist nur auf Antrag zu protokollieren, andernfalls ist nur zu bemerken, dass ein Vergleich geschlossen wurde und welche Ansprüche infolge dessen unbestritten geblieben sind (§ 208). Die übrigen bei der „ersten Tagsatzung" nach § 239 zulässigen Processhandlungen sind im Verfahren vor Bezirksgerichten Bestandtheile der mündlichen Streitverhandlung.

§ 442. Gegen die Partei, welche die erste auf Grund der Klage anberaumte Tagsatzung versäumt, ist auf Antrag gemäß § 396 Versäumungsurtheil zu fällen, wenngleich schon die erste Tagsatzung zur Vornahme der Streitverhandlung bestimmt war.

Bleibt eine der Parteien von einer späteren Tagsatzung aus und soll bei der Urtheilsfällung (§ 399) auf neues thatsächliches Vorbringen der erschienenen Partei Bedacht genommen werden, das mit dem Inhalte der von ihr etwa überreichten vorbereitenden Schriftsätze oder mit ihren früheren Erklärungen und thatsächlichen Angaben in Widerspruch steht und dem Gegner auch nicht vor der Tagsatzung durch vorbereitenden Schriftsatz bekannt gegeben wurde, so ist dieses neue Vorbringen auf Antrag der erschienenen Partei zu Protokoll festzustellen und die säumige Partei unter Mittheilung einer Abschrift dieses Protokolles neuerlich zur Streitverhandlung zu laden. Die weitere Säumnis des Gegners steht sodann der Berücksichtigung des zu Protokoll festgestellten Vorbringens bei der Urtheilsfällung nicht mehr entgegen.

Im bezirksgerichtlichen Verfahren entfällt unbedingt ein Versäumnisverfahren wegen unterlassener Klagebeantwortung, weil die Verpflichtung des Beklagten zur Beantwortung der Klage mittels vorbereitenden Schriftsatzes nicht besteht (§ 440).

Digitized by Google

Es hat daher auch die Unterlassung der aufgetragenen Klagebeantwortung keine Versäumnisfolgen.

Das Ausbleiben des Klägers oder des Beklagten von der ersten Tagsatzung hat dieselben Folgen wie nach § 396 im Verfahren vor Gerichtshöfen. Die von Trutter auf Seite 218 seiner systematischen Darstellung aufgestellte Ansicht, dass im Verfahren vor Bezirksgerichten nur gegen den Beklagten ein Versäumnisurtheil gefällt werden könne, wird durch die Motive und den Wortlaut des Gesetzes widerlegt (§ 239, Anm. 2).

Dem thatsächlichen Vorbringen der erschienenen Partei ist ohne Beweis Glauben beizumessen, soweit dasselbe durch die vorliegenden Beweise nicht widerlegt wird. Bleibt also der Beklagte aus, so gelten die thatsächlichen Behauptungen des Klägers für wahr, bleibt der Kläger aus, so wird den Angaben des Beklagten Glauben zu schenken sein, mag er nur die Klagsangaben widersprechen oder neue Behauptungen aufstellen, welche den Klageanspruch entkräften.

Dass der nicht erschienenen Partei dieses thatsächliche Vorbringen mittels vorbereitenden Schriftsatzes bekannt gegeben worden sei, ist nicht erforderlich, da dieses Erfordernis nur für die Beachtlichkeit neuen Vorbringens in späteren Tagsatzungen vorgeschrieben ist. Auf schriftliche Aufsätze, welche die ausgebliebene Partei etwa eingesendet hat, ist kein Bedacht zu nehmen (§ 397).

2. Nach Abhaltung der ersten Tagsatzung ist ein eigentliches Versäumnisverfahren nicht mehr möglich. Es gilt dann dasselbe, was im § 399 für das Gerichtshofverfahren vorgeschrieben ist.

Die Fällung des Urtheiles ist von dem Antrage der erschienenen Partei abhängig. Stellt die erschienene Partei diesen Antrag nicht, ohne trotz richterlicher Aufforderung zur Sache zu verhandeln, so ruht das Verfahren (§§ 133, 170). Verhandelt sie aber, so ist die Tagsatzung zu erstrecken und zur neuerlichen Tagsatzung auch die ausgebliebene Partei zu laden. Ueber Antrag der Partei ist eine Abschrift des Protokolles der säumigen Partei mitzutheilen. Es wird jedoch der erschienenen Partei auch freistehen, diese Mittheilung mittels Schriftsatzes zu erwirken. Ohne eine solche Mittheilung kann das neue Vorbringen auch bei der nächsten von der säumigen Partei abermals versäumten Tagsatzung nicht berücksichtigt werden.

§ 443. Die Protokollierung des thatsächlichen und Beweisvorbringens der Parteien hat, falls nicht vorbereitende Schriftsätze vorliegen (§ 210, Abs. 1), in der Regel auf die in § 211 bezeichnete Art zu geschehen.

Digitized by Google

1. Für die Protokollierung gelten die allgemeinen Vorschriften über die Form (§ 207), die Fertigung durch die Parteien (§ 212), durch den Richter und Protokollführer (§ 213), über die Aufnahme der Parteierklärungen, Parteianträge und gerichtlichen Entscheidungen (§ 208) und über den Gang der Verhandlung (§ 209). Außerdem sind in das Protokoll aufzunehmen die Rüge von Mängeln, wenn derselben nicht sofort bei der mündlichen Verhandlung stattgegeben wird (§ 196), Einwendungen gegen die Protokollierung (§ 212), die Aussagen der in der Verhandlungstagsatzung abgehörten Zeugen (§ 343) und Sachverständigen und die Beobachtung der vorgeschriebenen Formalitäten bei deren Einvernahme, die Aussage der einvernommenen Parteien (§ 380), die Eideserinnerung (§ 377), die Ergebnisse eines Augenscheines (§ 370) und über Antrag die abgeschlossenen Vergleiche (§ 204). Die Protokollierung entfällt, wenn die Erklärungen, Anträge, der Widerspruch gegen das Protokoll oder die Rüge von Mängeln schriftlich dem Protokolle als Beilage angefügt werden, was nur der durch Advocaten vertretenen Partei aufgetragen werden kann (§ 440).

Auch die mündlich ertheilte Vollmacht kann zu Protokoll genommen werden (§ 30).

2. Die Protokollierung des thatsächlichen und Beweisvorbringens (§ 209) kann auf dreierlei Weise erfolgen:

a) entweder durch Feststellung zu Protokoll unter Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze (§ 210) und Anordnung oder Zulassung von Niederschriften (§ 265), in der Regel in der Form des Resuméprotokolles (§ 211);

b) oder durch Bezugnahme auf einen Beweisbeschluss (§ 444);

c) oder durch Bezugnahme auf den Urtheilsthatbestand (§ 445).

§ 444. Wenn sich bei einer Tagsatzung die Nothwendigkeit ergibt, einen Beweisbeschluss im Sinne des § 277, Abs. 3, zu erlassen und die Verhandlung nicht schon bei derselben Tagsatzung für geschlossen erklärt wird, kann von der Protokollierung des auf den Sachverhalt sich beziehenden Parteienvorbringens abgesehen und dessen Darstellung der Ausfertigung des Beweisbeschlusses vorbehalten werden,

Den Parteien sind Ausfertigungen des Beweisbeschlusses zuzustellen. Gegen etwa darin enthaltene unrichtige Angaben über das thatsächliche und Beweisvorbringen der Parteien kann bei der nächsten mündlichen Streitverhandlung Widerspruch erhoben werden. Der Widerspruch ist im Verhandlungsprotokolle

Digitized by Google

oder mittels kurzer Niederschriften zu beurkunden (§ 212, Abs. 2 und 3).

1. Die Beweisaufnahme wird durch Beschluss angeordnet (§ 277). Wo ein ergehender Beweisbeschluss ohnehin die Zusammenfassung des verhandelten Thatsachenstoffes erheischt und ermöglicht, kann die Protokollierung durch die dann etwas ausführlichere Sachverhaltsdarstellung des Beweisbeschlusses ersetzt werden (Motive des Herrenhauses, S. 9).

Die Verhandlung kann auch vor Aufnahme aller zugelassenen Beweise für geschlossen erklärt werden, wenn nur mehr die durch einen ersuchten Richter zu bewirkende Aufnahme einzelner Beweise aussteht und entweder beide Parteien auf die Verhandlung über das Ergebnis der Beweisaufnahme verzichten, oder der Richter eine solche Verhandlung für entbehrlich hält (§ 193). In diesem Falle kann von der Protokollierung des thatsächlichen Vorbringens nicht abgesehen, es kann jedoch auf die Darstellung des Sachverhaltes in einer Ausfertigung des Beweisbeschlusses Bezug genommen werden (§ 210).

Die Ausfertigung des Beweisbeschlusses ist nur dann vorgeschrieben, wenn die Beweisaufnahme durch einen beauftragten oder ersuchten Richter stattfinden soll (§ 277).

2. Von solchen Ausfertigungen des Beweisbeschlusses, welche bei Abfassung des Protokolles bereits in schriftlicher Fassung vorliegen müssen, sind die im zweiten Absatze vorgesehenen schriftlichen Ausfertigungen eines Beweisbeschlusses zu unterscheiden, welche erst nachträglich auszufertigen sind und deshalb den Parteien abweichend von den allgemeinen Bestimmungen des § 277 zuzustellen sind, damit diese des im § 212 vorgesehenen Widerspruchsrechtes gegen die richterliche Feststellung des thatsächlichen und Beweisvorbringens nicht verlustig werden. Der Widerspruch muss, bei sonstiger Präclusion, bei der nächsten mündlichen Streitverhandlung, also nicht bei der Beweisaufnahme, erfolgen und ist nach § 498 im Berufungsverfahren zu würdigen. Die Richtigstellung des Thatbestandes im Sinne des § 212 ist nicht ausgeschlossen. Die Mittheilung des Beweisbeschlusses hat durch die Gerichtskanzlei zu erfolgen (§ 313, Gesch. O).

§ 445. Wenn die mündliche Verhandlung bei einer Tagsatzung durchgeführt und zum Abschlusse gebracht wird, kann von der Protokollierung des auf den Sachverhalt sich beziehenden Parteivorbringens abgesehen und dessen Darstellung dem Urtheilsthatbestande (§ 417, Z. 4) vorbehalten werden. Im Verhandlungsprotokolle sind dann nur die in §§ 207 und 208 bezeichneten Umstände und Erklärungen zu beurkunden.

Digitized by Google

Die Ausfertigung des Urtheilsthatbestandes muss in diesem Falle binnen drei Tagen nach Schluss der Verhandlung in der Gerichtskanzlei zur Einsicht der Parteien hinterlegt werden. Diese können innerhalb drei Tagen nach Verständigung von der Hinterlegung gegen unrichtige Angaben des Urtheilsthatbestandes über das thatsächliche oder Beweisvorbringen Widerspruch erheben. Der Widerspruch kann zu gerichtlichem Protokolle erklärt oder mittels kurzer Niederschriften festgestellt werden (§ 212, Abs. 2 und 3).

Infolge erhobenen Widerspruches kann der Urtheilsthatbestand vom Richter entsprechend geändert werden.

1. Kann eine Verhandlung nicht an einem Tage zu Ende geführt werden, so ist bei jeder einzelnen Tagsatzung das während derselben Vorgebrachte besonders zu protokollieren (§ 209). Deshalb ist die Vorschrift des § 445 nur dann anwendbar, wenn die Verhandlung bei einer Tagsatzung beendet wird. Die Aufnahme des Thatbestandes in den Urtheilsthatbestand an Stelle des Protokolles wird daher auch betreffs jenes Theiles des Sachverhaltes unzulässig sein, welcher in der letzten, die Streitverhandlung nach mehreren erstreckten Verhandlungstagsatzungen abschließenden Tagsatzung vorgebracht wurde, wenn bei den früheren Verhandlungen verhandelt worden ist.

Dagegen wird der Vorbehalt zulässig sein, wenn die früheren Tagsatzungen ohne Verhandlung zur Sache erstreckt worden sind. Für das bezirksgerichtliche Verfahren wird die wünschenswerte Erleichterung innerhalb des Rahmens der für nothwendig befundenen Beurkundung dadurch erstrebt, dass für die einfachen Rechtssachen mit spärlicherem Sachverhalte dem Richter die Wahl zwischen den Beurkundungsmitteln des Protokolles und des Urtheilsthatbestandes freigegeben wird (Motive des Herrenhauses, S. 9).

2. Eine Berichtigung des Urtheilsthatbestandes im Sinne des § 420 findet im bezirksgerichtlichen Verfahren nicht statt (§ 447). Nur wenn die Darstellung des auf den Sachverhalt sich beziehenden Parteivorbringens dem Urtheilsthatbestande vorbehalten worden ist, können die Parteien im Sinne des § 212 gegen den das Protokoll ersetzenden Thatbestand Widerspruch erheben. Die Frist zur Erhebung des Widerspruches ist auf drei Tage nach der Verständigung von der Hinterlegung festgesetzt. Ueber die Art der Verständigung von der Hinterlegung des Thatbestandes zur Einsicht der Parteien bestimmt § 313 Gesch. O., dass dieselbe durch die Gerichtskanzlei zu erfolgen hat. Obwohl das Gesetz die dreitägige Frist von der

Digitized by Google

Verständigung von der Hinterlegung berechnet, wird sich doch der von Dr. Georg Neumann vorgeschlagene Modus empfehlen, dass diese Verständigung noch vor der Ausfertigung und Hinterlegung des Thatbestandes gleich in der mündlichen Verhandlung erfolgen kann, so dass in seinem Beispiel (S. 72) in der Tagsatzung vom 26. August den Parteien mündlich verkündet werden kann, dass der Urtheilsthatbestand vom 29. August an zur Einsicht der Parteien hinterlegt sein wird.

Der Urtheilsthatbestand ist der Gerichtskanzlei vor Abgabe der Urtheilsausfertigung zu übergeben. Der in der Regel in Urschrift zu hinterlegende Thatbestand darf mit dem Urtheilsspruche oder den Gründen nicht verbunden sein § 126 (Gesch. O.). Wenn nun infolge erhobenen Widerspruches der Urtheilsthatbestand vom Richter geändert worden ist, was im Schlusssatze des § 445 für zulässig erklärt wird, so ist keineswegs eine neue dreitägige Frist zu bestimmen, innerhalb deren die Gegenpartei gegen den geänderten Thatbestand ihrerseits Widerspruch erheben kann, da sonst eine endlose Reihe von Widersprüchen möglich wäre. Wohl aber wird sie von der Aenderung des Urtheilsthatbestandes zu verständigen sein.

3. Das Urtheil ist, wenn möglich, sogleich nach Schluss der mündlichen Verhandlung zu verkünden (§ 414). Wenn das Urtheil nicht sofort nach Schluss der mündlichen Verhandlung verkündet werden kann, ist es binnen 8 Tagen nach Schluss der mündlichen Verhandlung zu fällen (§ 415). In beiden Fällen ist das Urtheils binnen acht Tagen der Gerichtskanzlei zu übergeben (§ 126 Gesch. O.). Bei Anwendung obiger Modalität wird es sohin möglich sein, das nicht in der mündlichen Verhandlung verkündete Urtheil auf Grund des etwa geänderten Thatbestandes zu fällen und selbst bei einem mündlich verkündeten Urtheile in dessen schriftlicher Ausfertigung und Begründung auf den Widerspruch gegen den Urtheilsthatbestand und auf eine Aenderung desselben Bezug zu nehmen.

Die Fristen für die Abgabe der schriftlichen Abfassung werden nicht verlängert. Die Herstellung der Reienschrift ist jedoch bis nach Ablauf der Einsichtsfrist und, wenn Widerspruch erhoben wird, bis zur Beschlussfassung über den Widerspruch aufzuschieben. Diese Beschlussfassung hat innerhalb dreier Tage zu erfolgen (§ 126 Gesch. O.).

Das Protokoll liefert über den Verlauf und Inhalt der Verhandlung vollen Beweis, soweit nicht ein ausdrücklicher Widerspruch einer Partei vorliegt (§ 215). Dieselbe Beweis-

Digitized by Google

kraft wird auch die widerspruchslose Feststellung des Thatbestandes in einem Beweisbeschlusse oder in dem Urtheilsthatbestande haben, nachdem dieselben öffentliche Urkunden sind. Die Bedeutung eines Widerspruches hat das Berufungsgericht zu prüfen (§ 498).

§ 446. Ist das Urtheil eines Bezirksgerichtes, welches nebst der allgemeinen auch die Gerichtsbarkeit in Handels-, See- oder Bergrechtssachen ausübt, in Ausübung dieser besonderen Gerichtsbarkeit gefällt, so ist ein dies ausdrückender Beisatz in das Urtheil aufzunehmen, wenn beide Parteien übereinkommen, dass die Sache bei ihrer Erledigung als zum Gebiete dieser besonderen Gerichtsbarkeit gehörig bezeichnet werde, oder wenn diese Bezeichnung vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung von einer Partei begehrt und vom Gerichte als zutreffend erkannt wird.

Die Aufnahme eines solchen Beisatzes in das Urtheil oder die Verweigerung seiner Aufnahme kann nicht angefochten werden.

1. Bei den Bezirksgerichten, welche nebst der allgemeinen auch eine besondere Gerichtsbarkeit auszuüben haben, kann diese Ausübung im Zuge der mündlichen Verhandlung nicht etwa so nach Art der Gerichtsbarkeit gesondert werden, wie es beispielsweise bei den Gerichtshöfen geschieht. Es lässt sich daher bei diesen Gerichten ein Competenzstreit über die Art der auszuübenden Gerichtsbarkeit nicht durchführen. Gleichwohl soll der Richter zur Zeit, da er das Urtheil fällt, darüber schlüssig sein, welche Art der Gerichtsbarkeit er hiemit ausübt.

Auch ist wünschenswert, dass der jurisdictionelle Standpunkt, den der Einzelrichter eingenommen hat, im Urtheile ausdrücklich bezeichnet werde. Namentlich damit die Parteien, wenn sie Berufung einlegen, wissen, ob der dem Bezirksgerichte vorgesetzte Gerichtshof das Berufungsverfahren in Ausübung der allgemeinen oder einer besonderen Gerichtsbarkeit einleiten werde, und, wenn hier für die allgemeine und die besondere Gerichtsbarkeit zwei verschiedene Gerichtshöfe bestehen, damit die Parteien wissen, welcher von diesen einzuschreiten hat. Eine Unbestimmtheit hierüber würde den unleidlichen Zustand möglich machen, dass von den beiden Parteien oder von den selbständig Berufung erhebenden Streitgenossen verschiedene Gerichtsbarkeiten angerufen werden könnten. War deshalb anzuordnen, dass die Bezeichnung der ausgeübten Gerichtsbarkeit in das bezirksgerichtliche Urtheil aufzunehmen sei, so

Digitized by Google

mussten zudem die Bedingungen für diese Aufnahme derart festgestellt werden, dass hiedurch möglichst jede Veranlassung zu einer im Berufungsverfahren zu entscheidenden Zuständigkeitscontroverse vermieden werde.

Hiebei wurde in erster Linie die Einigung der Parteien über die Art der auszuübenden Gerichtsbarkeit als maßgebend behandelt, und zwar mit der Rechtsfolge, dass dadurch auch eine spätere Geltendmachung der Incompetenz ausgeschlossen wird (§ 487).

Wenn hingegen ein Dissens unter den Parteien sich dadurch zu erkennen gibt, dass eine derselben eine besondere Gerichtsbarkeit anruft, ohne dass ihr die andere Partei hierin zustimmt, so muss nach der Natur der Sache der Richter über die in das Urtheil aufzunehmende Bezeichnung der Gerichtsbarkeit entscheiden. Da es sich übrigens hiebei immer nur um eine solche Bezeichnung handelt, die ihre praktische Wirkung erst im Berufungsverfahren zu äußern bestimmt ist, so ergibt sich von selbst, dass der Richter, wenn er auch in Beziehung auf die Bezeichnung dem übereinstimmenden Willen der Parteien zu folgen hat, dadurch doch in keiner Weise in der Anwendung der bei der Entscheidung zu benützenden materiellen Rechtsquellen gebunden und daher auch nicht gehindert ist, eine Sache ohne Rücksicht auf die in das Urtheil aufgenommene formelle Bezeichnung der ausgeübten Gerichtsbarkeit nach allgemeinem Rechte zu beurtheilen (Regierungsmotive, S. 297).

Der Rechtszug gegen Urtheile der Bezirksgerichte, welche in Ausübung der Handels- oder Seegerichtsbarkeit oder der Gerichtsbarkeit in Angelegenheiten des Bergbaues gefällt und dementsprechend bezeichnet werden, geht an die Handelsgerichte, Handels- und Seegerichte, an die Handels- und Bergsenate (§ 3 J. N.). Das Berufungsgericht hat zwar seine Zuständigkeit zu prüfen (§ 471), den Parteien steht jedoch betreffs der Zuständigkeit im Berufungsverfahren nur ein sehr beschränktes Ablehnungsrecht zu (§ 487), weshalb dieselben schon vor dem Bezirksgerichte für die Feststellung der Causalzuständigkeit zu sorgen haben und bei mangelnder Advocatenvertretung diesbezüglich anzuleiten sein werden.

2. Wenn ein gewöhnliches Bezirksgericht an Orten, wo ein besonderes Bezirksgericht nicht besteht, ein Urtheil in Ausübung der ihm zustehenden besonderen Gerichtsbarkeit g e f ä l l t hat, ohne dass v o r Schluss der mündlichen Verhandlung von einer oder beiden Parteien der Antrag wegen Aufnahme eines diesbezüglichen Beisatzes in das Urtheil gestellt worden wäre,

Digitized by Google

so darf das Bezirksgericht diesen Beisatz von amtswegen oder über Antrag einer Partei nicht aufnehmen.

Es ist aber zu der Aufnahme dieses Beisatzes verpflichtet, wenn beide Parteien übereinstimmend es verlangen.

3. Wenn dagegen vor Schluss der mündlichen Verhandlung von einer oder beiden Parteien die Aufnahme eines die besondere Gerichtsbarkeit ausdrückenden Beisatzes begehrt wird, so hat der die Verhandlung leitende Richter mittels unanfechtbaren Beschlusses zu entscheiden, ob der Beisatz als zutreffend in das Urtheil aufgenommen werden soll oder nicht. Hält er sohin die besondere Gerichtsbarkeit für begründet, so wird er den Beisatz aufnehmen, andernfalls aber das Begehren abweisen. Die oben angeführten Regierungsmotive führen zwar aus, dass der Richter in Beziehung auf die Bezeichnung dem übereinstimmenden Willen der Parteien zu folgen hat, woraus zu schließen wäre, dass auch vor Schluss der mündlichen Verhandlung einem übereinstimmenden Antrage der Parteien ganz ohne Prüfung stattgegeben werden müsse, so dass z. B. die Parteien den Richter zwingen könnten, das Urtheil in einem Processe über Viehmängel als in Ausübung der Berggerichtsbarkeit gefällt zu bezeichnen. Es ist jedoch diese Stelle der Motive wörtlich dem Regierungsentwurfe vom Jahre 1881 (S. 114) entnommen, in welchem Entwurfe (§ 473) kein Unterschied gemacht wird, ob der Beisatz vor oder nach Fällung des Urtheiles verlangt wird, und in dem die Bedingung, dass das Urtheil in Ausübung der besonderen Gerichtsbarkeit gefällt worden, nicht enthalten war.

Die Neustilisierung des § 446 dürfte sohin zum Ausdruck bringen, dass die Parteien wohl auf das Einschreiten eines Causalgerichtes in zweiter Instanz verzichten können, indem sie einen Antrag auf Einstellung des die besondere Gerichtsbarkeit ausdrückenden Beisatzes in erster Instanz nicht stellen, und dass ein solcher Verzicht für das Gericht bindend ist, dass sie aber die Aufnahme des die Causalgerichtsbarkeit bezweckenden Beisatzes dem Richter erster Instanz nicht aufzwingen können.

§ 447. In den Ausfertigungen der Urtheile ist insbesondere hervorzuheben, dass für die Ergreifung eines Rechtsmittels gegen das Urtheil, sowie für das Rechtsmittelverfahren überhaupt die Vertretung durch einen Advocaten erforderlich ist.

Eine Berichtigung des Urtheilsthatbestandes im Sinne des § 420 findet in Ansehung der bezirksgerichtlichen Urtheile nicht statt.

Digitized by Google

Das Urtheil richtet sich nach den für das Gerichtshofsverfahren geltenden Bestimmungen. In der Urtheilsausfertigung (§ 417) ist die Belehrung über den für das Rechtsmittelverfahren bestehenden Anwaltszwang (§ 432) zu wiederholen.

Im Berufungsverfahren müssen die Parteien durch Advocaten vertreten sein (§ 463). An Orten, in welchen nicht wenigstens zwei Advocaten ihren Sitz haben, können die Berufungsschriften durch entsprechende Erklärungen zu gerichtlichem Protokolle ersetzt werden, die der Mitwirkung eines Advocaten nicht bedürfen (§ 465). Wenn eine arme Partei gegen das Urtheil eines Bezirksgerichtes Berufung erheben will, zur Vertretung dieser Partei aber noch kein Advocat bestellt ist und ihre Berufung gemäß § 465, Abs. 2 nicht zu gerichtlichem Protokolle erklärt werden kann, weil am Orte des Processgerichtes zwei oder mehr Advocaten ihren Sitz haben, so hat das Processgericht auf Antrag oder von amtswegen einen Beamten der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes mit der Abfassung der Berufungsschrift und deren rechtzeitiger Ueberreichung zu betrauen. Die Unterfertigung der Berufungsschrift durch diesen Beamten ersetzt die Unterschrift eines Advocaten (§ 90, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.).

Besondere Bestimmungen für das Verfahren in Bagatellsachen.

§ 448. Wenn die in der Klage geforderte Geldsumme oder der Wert des Streitgegenstandes den Betrag von fünfzig Gulden nicht übersteigt oder der Kläger erklärt, statt des in der Klage geforderten Gegenstandes einen fünfzig Gulden nicht übersteigenden Geldbetrag annehmen zu wollen (Bagatellsachen), haben die in den nachfolgenden §§ 449 bis 453 angeführten besonderen Bestimmungen zu gelten.

1. Bagatellsachen sind Ferialsachen (§ 224).

Voraussetzung der Einleitung des Bagatellverfahrens ist neben dem Werte des Streitgegenstandes, der nach den §§ 54 bis 59 J. N. zu beurtheilen und in der Klage anzugeben ist (§ 226), dass die Rechtssache zur Zuständigkeit der Bezirksgerichte gehört und nicht in einem besonderen Verfahren auszutragen ist (§§ 49, Z. 1, 51 J. N.).

Ueber Einwendungen gegen den Zahlungsauftrag im Mandatsverfahren (§§ 548 ff.), wenn der Wert des Streitgegenstandes 50 fl. nicht übersteigt, ist im Bagatellverfahren zu verhandeln. Besitzstörungsstreitigkeiten (§§ 454 ff.), Wechselstreitigkeiten (§§ 555 ff.), Bestandstreitigkeiten (§§ 560 ff.), welche weder das Bestehen eines solchen Vertrages noch die Bezahlung

Digitized by Google

des Zinses betreffen, sind zur Einleitung des Bagatellverfahrens nicht geeignet. Für die Verhandlung und Entscheidung von Bagatellsachen über Klagen von Richtern und gegen Richter, die zufolge § 79 J. N. bei einem Gerichtshofe angebracht werden müssen, ist vom Vorsteher des Gerichtshofes ein Mitglied des Gerichtshofes als Einzelrichter zu bestellen, welcher nach den Vorschriften über das Bagatellverfahren zu verhandeln und zu entscheiden hat (Art. XIV, E.-G. z. J. N.).

2. Auf das Verfahren vor Gewerbegerichten finden, soweit nicht besondere Bestimmungen getroffen sind, die für das bezirksgerichtliche Verfahren in Bagatellsachen geltenden Vorschriften der Civilprocessordnung Anwendung (§ 22, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 218 R. G. B.).

Dieses Gesetz, das mit 1. Juli 1898 in Kraft tritt, bestimmt:

I. Errichtung, Wirkungskreis und Zusammensetzung.

§ 1. Zur Austragung von gewerblichen Rechtsstreitigkeiten zwischen gewerblichen Unternehmern und Arbeitern, ferner zwischen Arbeitern desselben Betriebes untereinander sind Gewerbegerichte zu errichten.

Die sachliche Zuständigkeit der Gewerbegerichte kann sich auf alle Unternehmungen, auf welche die Gewerbeordnung Anwendung findet, sowie auf die im Artikel V, lit. l und im Artikel VIII des Kundmachungspatentes zur Gewerbeordnung vom 20. December 1859, R.-G.-Bl. Nr. 227, bezeichneten Unternehmungen beziehen.

Auf Streitigkeiten zwischen dem Aerar und den in militärischen Etablissements oder sonst von der Militärverwaltung beschäftigten Arbeitern erstreckt sich die Zuständigkeit der Gewerbegerichte nicht.

§ 2. Die Errichtung eines Gewerbegerichtes erfolgt durch eine vom Justizministerium im Einvernehmen mit den betheiligten Ministerien zu erlassende, im Reichsgesetzblatte kundzumachende Verordnung.

An jenen Orten, wo Gewerbegerichte auf Grund des Gesetzes vom 14. Mai 1869, R.-G.-Bl. Nr. 63, errichtet wurden, haben zugleich mit dem Beginne der Wirksamkeit dieses Gesetzes neue auf Grund des gegenwärtigen Gesetzes errichtete Gewerbegerichte in Thätigkeit zu treten.

Außerdem sind Gewerbegerichte an jenen Orten zu errichten, an denen die betheiligten Ministerien das Bedürfnis als vor-

Digitized by Google

handen ansehen. Diese Errichtung erfolgt nach eingeholtem Gutachten der Landtage.

Landtage, Landesausschüsse, Bezirks- und Gemeindevertretungen, Handels- und Gewerbekammern, Gewerbeinspectoren, Genossenschaften und sonstige gewerbliche Corporationen und Vereine können einen Antrag auf Errichtung eines Gewerbegerichtes stellen. Ueber solche Anträge sind die erforderlichen Erhebungen zu pflegen und ist nach dem Ergebnisse derselben über den Antrag zu entscheiden.

Die Vorschriften des vorhergehenden Absatzes finden auch bei Auflassung bereits bestehender Gewerbegerichte sowie bei Aenderungen ihres Sprengels oder des Umfanges ihrer Zuständigkeit Anwendung.

§ 3. Die Verordnung, durch welche ein Gewerbegericht errichtet wird, bezeichnet den Sprengel des Gewerbegerichtes sowie den Umfang seiner Zuständigkeit. Ersterer kann sich auf ein oder mehrere Gemeindegebiete oder auch auf einen Theil eines Gemeindegebietes erstrecken; letzterer kann alle gewerblichen Betriebe des Sprengels des Gewerbegerichtes oder nur einzelne Kategorien der großen oder kleinen Betriebe umfassen.

Die Zuständigkeit des Gewerbegerichtes schließt die Zuständigkeit der politischen Behörden sowie der ordentlichen Gerichte und der bestehenden Gewerbegerichte aus; die streitenden Theile können auf die Zuständigkeit des Gewerbegerichtes nicht verzichten.

Die freiwillige Unterwerfung unter die schiedsgerichtlichen Ausschüsse der Genossenschaften (§ 122 der Gewerbeordnung) bleibt unberührt.

§ 4. Das Gewerbegericht ist ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zuständig in:

a) Lohnstreitigkeiten;

b) Streitigkeiten über den Antritt, die Fortsetzung und Auflösung des Arbeits- oder Lehrverhältnisses;

c) Streitigkeiten über Leistungen und Entschädigungsansprüche aus dem Lehr- und Arbeitsverhältnisse, insbesondere auch wegen Lohnabzüge und einer bedungenen Conventionalstrafe;

d) Streitigkeiten über die Aushändigung oder den Inhalt des Arbeitsbuches oder Zeugnisses, insbesondere auch über Entschädigungsansprüche der Hilfsarbeiter wegen nicht rechtzeitiger Aushändigung des Arbeitsbuches, wegen Verweigerung der vorschriftsmäßigen Eintragungen in dasselbe und wegen unzulässiger Eintragungen und Anmerkungen (§ 80 lit. g der Gewerbeordnung);

Digitized by Google

e) Streitigkeiten aus der Angehörigkeit an Pensions- oder andere Unterstützungscassen, sofern nicht die Schiedsgerichte der Unfallsversicherungsanstalten (§ 38 des Gesetzes vom 28. December 1887, R.-G.-Bl. Nr. 1 ex 1888) oder die Schiedsgerichte der Krankencassen (§ 14, Abs. 7 des Gesetzes vom 30. März 1888, R.-G.-Bl. Nr. 33) oder andere statutenmäßige Schiedsgerichte einzutreten haben;

f) Streitigkeiten wegen der Kündigung, der Räumung und des Mietzinses von Wohnungen in Arbeiterhäusern, deren Benützung vom Dienstgeber dem Arbeiter ohne oder gegen Entgelt gewährt wird;

g) Streitigkeiten über Ansprüche, welche auf Grund der Uebernahme einer gemeinsamen Arbeit von Arbeitern desselben Unternehmers gegen einander erhoben werden.

§ 5. Als Arbeiter im Sinne dieses Gesetzes gelten:

a) Werkmeister, Werkführer, Vorarbeiter;

b) alle im gewerblichen Betriebe beschäftigten Hilfsarbeiter einschließlich der Taglöhner (V, lit. d des Kundmachungspatentes der Gewerbeordnung vom 20. December 1859);

c) Personen, welche außerhalb der Betriebsstätte gegen eine Entlohnung mit der Bearbeitung oder Verarbeitung von Rohstoffen oder Halbfabrikaten für Unternehmer beschäftigt sind;

d) bei Handelsgewerben alle zu kaufmännischen Diensten verwendeten Personen.

§ 6. Die mit der nothwendigen Einrichtung versehenen Amtslocalitäten, dann Beheizung, Beleuchtung und sonstige sachliche Erfordernisse für das Gewerbegericht hat die Gemeinde, in welcher dasselbe seinen Sitz hat, zu beschaffen. Die Besorgung der Zustellungen obliegt ebenfalls der Gemeinde. Erstreckt sich der Sprengel des Gewerbegerichtes auf mehrere Gemeindegebiete, so haben die betreffenden Gemeinden im Verhältnisse der ihrem Gebiete vorgeschriebenen Erwerbs- und Einkommensteuerleistung beizutragen.

Die übrigen Kosten trägt der Staat.

§ 7. Das Gewerbegericht besteht aus einem Vorsitzenden und, wenn nöthig, einem Stellvertreter sowie aus mindestens zehn Beisitzern und der erforderlichen Anzahl von Ersatzmännern aus jedem der beiden Wahlkörper. Der Vorsitzende sowie der Stellvertreter müssen für das Richteramt befähigte richterliche Beamte sein, sie werden vom Justizminister ernannt.

Digitized by Google

Die Bezüge des Vorsitzenden und des Stellvertreters werden vom Justizministerium im Einvernehmen mit den betheiligten Ministerien von Fall zu Fall bestimmt.

Die Beisitzer, sowie Ersatzmänner des Gewerbegerichtes werden zur Hälfte von den Unternehmern, zur Hälfte von den Arbeitern in abgesonderten Wahlkörpern aus ihrer Mitte gewählt.

Jedem Gewerbegerichte ist das erforderliche Personal zur Besorgung der Kanzleigeschäfte zuzuweisen.

§ 8. Der Wahlkörper der Unternehmer besteht aus den Inhabern jener Gewerbe, deren Betriebsstätte sich im Sprengel des Gewerbegerichtes befindet und auf die sich die Zuständigkeit des Gewerbegerichtes erstreckt. Wenn ein Gewerbe durch den Stellvertreter (Geschäftsführer) ausgeübt wird oder dasselbe verpachtet ist (§§ 2, 55 und 56 der Gewerbeordnung), so ist anstatt des Gewerbeinhabers der Stellvertreter, Geschäftsführer oder Pächter wahlberechtigt.

Frauen können auch durch Bevollmächtigte wählen.

Offene Handelsgesellschaften, Commanditgesellschaften, Actiengesellschaften, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Corporationen, Anstalten und Vereine üben ihr Wahlrecht durch eine jener Personen aus, die im einzelnen Falle zu ihrer Vertretung nach außen berechtigt sind. Staatliche Betriebe üben ihr Wahlrecht durch den amtlich bestellten Betriebsleiter aus.

Der Wahlkörper der Arbeiter besteht aus sämmtlichen in den Betrieben, auf welche sich die Zuständigkeit des Gewerbegerichtes erstreckt, beschäftigten männlichen und weiblichen Arbeitern, die das zwanzigste Lebensjahr zurückgelegt haben und seit mindestens einem Jahre im Inlande in Arbeit stehen. Lehrlinge sind nicht wahlberechtigt.

Ausgeschlossen von der activen Wahlberechtigung ist, wer unter Curatel steht oder über dessen Vermögen der Concurs eröffnet ist, solange das Concursverfahren dauert, ferner wer sich in strafgerichtlicher Untersuchung, unter Anklage oder Strafe befindet, oder wer infolge einer Verurtheilung nach dem Gesetze von der Wählbarkeit in die Gemeindevertretung ausgeschlossen ist, solange diese Ausschließung dauert.

§ 9. Das passive Wahlrecht besitzt jeder männliche activ Wahlberechtigte, der österreichischer Staatsbürger, dreißig Jahre alt und eigenberechtigt ist. Bei staatlichen Betrieben, sowie bei Transport- und Fabriksunternehmungen sind die im betreffenden Betriebe angestellten Beamten passiv wahlberechtigt.

Vom passiven Wahlrechte sind jene Personen ausgeschlossen, welche nach den bestehenden Gesetzen wegen einer strafgericht-

Digitized by Google

lichen Verurtheilung zu einer Anstellung bei Gericht nicht zugelassen werden dürfen.

Ein Beisitzer oder Ersatzmann kann aus einem der nachfolgenden Gründe die auf ihn gefallene Wahl ablehnen oder das angetretene Amt zurücklegen:

1. wenn er über sechzig Jahre alt ist;

2. wenn er an einem die Amtsführung hindernden Gebrechen leidet;

3. wenn er unmittelbar in der letzten Wahlperiode als Beisitzer des Gewerbegerichtes fungiert hat;

4. wenn er nicht im Sprengel des Gewerbegerichtes wohnt.

Ueber die Zulässigkeit der Ablehnung entscheidet der Gerichtshof, in dessen Sprengel der Sitz des Gewerbegerichtes ist, endgiltig.

§ 10. Die Verfassung der Wählerlisten für die beiden Wahlkörper obliegt der Gemeinde, in welcher das Gewerbegericht seinen Sitz hat; erstreckt sich deren Sprengel über mehrere Gemeinden, so hat jede dieser Gemeinden die Wählerlisten der Gemeinde mitzutheilen, in welcher das Gewerbegericht seinen Sitz hat. Ueber Reclamationen in Betreff der Wahlberechtigung oder Wählbarkeit entscheidet die Gewerbebehörde; über Beschwerden gegen die Entscheidung der Gewerbebehörde wird endgiltig von der Landesstelle entschieden.

Der Wahlact wird von einem Beamten der Gewerbebehörde geleitet. Die Wahl erfolgt durch die persönliche Abgabe eines Stimmzettels. Gewählt ist derjenige, welcher die absolute Majorität der abgegebenen Stimmen auf sich vereint. Bei Gleichheit der Stimmen entscheidet das Los.

Wenn mehr Personen, als zu wählen waren, die absolute Mehrheit der Stimmen auf sich vereinigt haben, gelten jene als gewählt, welche die größere Stimmenzahl erhalten haben. Ist eine absolute Majorität durch die erste Abgabe der Stimmen nicht erzielt worden, so ist unter denjenigen Personen, auf welche die meisten Stimmen gefallen sind, eine engere Wahl zu veranlassen. In die engere Wahl ist die doppelte Zahl der noch zu wählenden Mitglieder einzubeziehen.

Die näheren Bestimmungen über die Vornahme der Wahl, die einzuhaltenden Fristen, die Richtigstellung der Wählerlisten, über die Prüfung der Wahlresultate werden durch Verordnung erlassen. Wenn sich die Zuständigkeit des Gewerbegerichtes nach Zulässigkeit des § 3 auf verschiedenartige Kategorien großer oder kleiner Betriebe erstreckt, kann bestimmt werden, dass die Wahl

Digitized by Google

nach gewissen Gruppen von Betrieben vorgenommen werde, damit Beisitzer aus den verschiedenartigen im Sprengel des Gewerbegerichtes vorkommenden Betrieben gewählt werden.

§ 11. Der Vorsitzende des Gewerbegerichtes sowie sein Stellvertreter üben das Amt unter ihrem Richtereide aus.

Dem Vorsitzenden steht die Leitung und Eintheilung der Geschäfte des Gewerbegerichtes zu.

Das Aufsichtsrecht über den Vorsitzenden des Gewerbegerichtes und seinen Stellvertreter übt der Präsident jenes Gerichtshofes erster Instanz aus, in dessen Sprengel das Gewerbegericht seinen Sitz hat.

Die Beisitzer und Ersatzmänner haben vor dem Antritte ihres Amtes die gewissenhafte und unparteiische Ausübung ihres Amtes eidlich anzugeloben. Diese Angelobung nimmt der Vorsitzende des Gewerbegerichtes entgegen.

§ 12. Name und Wohnort sämmtlicher Mitglieder des Gewerbegerichtes werden öffentlich kundgemacht.

§ 13. Die Beisitzer, sowie die Ersatzmänner haben Anspruch auf Ersatz der angemessenen baren Auslagen. Die aus dem Wahlkörper der Arbeiter gewählten Beisitzer und Ersatzmänner erhalten überdies für ihre jedesmalige Function eine Entschädigung für den Verdienstentgang, deren Höhe im Verordnungswege festgestellt wird.

§ 14. Die Beisitzer und ihre Ersatzmänner werden auf vier Jahre gewählt. Nach je zwei Jahren hat die Hälfte der Beisitzer und Ersatzmänner, und zwar eine gleiche Anzahl aus beiden Wahlkörpern auszuscheiden. Für die auf diese Weise Ausgeschiedenen hat eine Ersatzwahl stattzufinden. Eine solche Wahl ist ferner für den Rest der laufenden Wahlperiode vorzunehmen, wenn sonst wegen des Ausscheidens einer größeren Anzahl von Beisitzern und Ersatzmännern nach Ermessen des Gerichtshofes erster Instanz zur Sicherung der regelmäßigen Thätigkeit des Gewerbegerichtes eine Ersatzwahl nothwendig erscheint.

Nach den ersten zwei Jahren der Wirksamkeit eines Gewerbegerichtes scheiden die Gewählten zufolge Auslosung aus.

§ 15. Kommt die Wahl der Beisitzer in einem Wahlkörper aus was immer für einem Grunde nach zweimaliger Ausschreibung und Einleitung der Wahl nicht zustande, so hat die politische Behörde die Wählerverzeichnisse des betreffenden Wahlkörpers an den Gerichtshof erster Instanz zu leiten und zugleich

Digitized by Google

jene Personen in denselben zu bezeichnen, welche sie für die Fähigsten und Würdigsten hält, das Amt eines Beisitzers zu bekleiden.

Der Gerichtshof erster Instanz stellt aus diesen Wählerlisten nach eigenem Ermessen ein Verzeichnis von zu dem Amte eines Beisitzers geeigneten Personen zusammen, welches dreimal so viele Namen zu enthalten hat, als Beisitzer zu bestellen sind, und aus welchem die nöthige Zahl der Beisitzer für die laufende Wahlperiode durch das Los zu bestimmen ist.

§ 16. Beisitzer, welche sich ohne genügende Entschuldigung zu den Sitzungen nicht oder nicht rechtzeitig einfinden oder sich ihren Amtspflichten in anderer Weise entziehen, sind vom Vorsitzenden zu einer Ordnungsstrafe bis zu 200 fl. für jeden Fall, sowie in den Ersatz der verursachten Kosten zu verurtheilen. Erfolgt nachträglich genügende Entschuldigung, so kann die Verurtheilung ganz oder theilweise vom Vorsitzenden zurückgenommen werden.

Gegen die Verhängung der Ordnungsstrafe ist binnen vierzehn Tagen ein Recurs an den Gerichtshof erster Instanz, welcher endgiltig entscheidet, zulässig.

Für die Eintreibung und Verwendung der Strafbeträge, sowie für deren etwaige Umwandlung haben die Vorschriften der Justizministerialverordnung vom 5. November 1852, R.-G.-Bl. Nr. 227, zu gelten. Die Umwandlung der Strafe hat der Gerichtshof erster Instanz auszusprechen.

§ 17. Der Gerichtshof erster Instanz hat einen Beisitzer oder Ersatzmann seines Amtes zu entheben:

a) wenn hinsichtlich desselben Umstände eintreten oder bekannt werden, welche seine Wählbarkeit ausschließen würden (§ 9, Abs. 2);

b) wenn er sich einer groben Verletzung seiner Amtspflichten schuldig macht und insbesondere trotz mehrmaliger Verhängung einer Ordnungsstrafe von den Sitzungen des Gewerbegerichtes fern bleibt.

Der Ausspruch des Gerichtshofes hat auch die Bestimmung jener Zeit zu enthalten, während welcher der von seinem Amte Enthobene nicht wieder wählbar ist. Gegen die Entscheidung des Gerichtshofes steht der Recurs an das Oberlandesgericht innerhalb einer Frist von vierzehn Tagen offen.

§ 18. Die Enthebung vom Amte eines Beisitzers oder Ersatzmannes hat durch Beschluss des Gerichtshofes erster Instanz auch dann zu erfolgen, wenn ein Beisitzer aus dem Stande

Digitized by Google

der Gewerbeunternehmer seine bisherige Unternehmung, auf Grund deren er seine Wählbarkeit für das betreffende Gewerbegericht erlangte, aufgibt, oder wenn ein Beisitzer aus dem Stande der Arbeiter durch Uebertritt zu einem anderen Berufe dauernd die Arbeitereigenschaft einbüßt, ferner wenn ein Beisitzer aus dem Stande der Arbeiter seit drei Monaten bei Unternehmungen in Arbeit gestanden ist, für welche das Gewerbegericht nicht zuständig ist.

Gegen die Entscheidung des Gerichtshofes steht der Recurs an das Oberlandesgericht innerhalb einer Frist von vierzehn Tagen zu.

In den im ersten Absatze bezeichneten Fällen sind die Beisitzer oder deren Ersatzmänner berechtigt ihr Amt freiwillig niederzulegen.

§ 19. Die Mitglieder des Gewerbegerichtes sind verpflichtet, sich in Streitsachen, welche sie selbst, ihre Gattinnen oder solche Personen betreffen, mit welchen sie in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder durch Adoption verbunden sind oder mit denen sie in der Seitenlinie bis zum vierten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert sind, der Mitwirkung zu enthalten. Sie können von den Parteien, solange sich dieselben in die Verhandlung der Streitsache nicht eingelassen haben, außerdem abgelehnt werden, wenn sonst Gründe vorliegen, welche gegen ihre Unbefangenheit oder Unparteilichkeit Bedenken zu erwecken geeignet sind. Erkennt das abgelehnte Mitglied den Ablehnungsgrund nicht an, so entscheidet der Vorsitzende sofort endgiltig.

§ 20. Das Gewerbegericht verhandelt und entscheidet in Senaten, die aus dem Vorsitzenden oder seinem Stellvertreter und zwei Beisitzern bestehen, von denen der eine ein Unternehmer (Beamter staatlicher Betriebe, Beamter einer Transport- oder Fabriksunternehmung), der andere ein Arbeiter sein muss.

Im Verordnungswege wird bestimmt, nach welchen Grundsätzen der Vorsitzende die einzelnen Beisitzer und ihre Ersatzmänner zu den Sitzungen heranzuziehen hat.

Es kann ein Gewerbegericht nach den verschiedenartigen Gewerbszweigen oder nach den Kategorien verwandter Gewerbszweige in mehrere ständige Abtheilungen eingetheilt werden.

§ 21. Falls die sachliche Zuständigkeit eines Gewerbegerichtes sich auch auf gewerbliche Streitigkeiten zwischen Handeltreibenden und ihren Bediensteten erstreckt, ist für diese Streitigkeiten eine besondere Abtheilung des Gewerbegerichtes zu bilden.

Digitized by Google

Für diese Abtheilung hat die Wahl der Beisitzer getrennt von den anderen Wahlen in besonderen Wahlkörpern zu geschehen.

II. Verfahren.

§ 22. Auf das Verfahren vor Gewerbegerichten finden, soweit nicht im Nachstehenden besondere Bestimmungen getroffen sind, die für das bezirksgerichtliche Verfahren in Bagatellsachen geltenden Vorschriften der Civilprocessordnung Anwendung.

§ 23. Zur Verhandlung und Entscheidung der im § 4 bezeichneten Streitigkeiten ist mit Ausschluss aller anderen Gerichtsstände dasjenige Gewerbegericht zuständig, in dessen Sprengel sich die Betriebsstätte befindet, oder wenn im § 5, lit. c bezeichnete Personen in Frage kommen, das Gewerbegericht, in dessen Sprengel die Arbeit zu leisten oder die Auszahlung des Lohnes zu geschehen hat.

Das Gewerbegericht hat seine Zuständigkeit von amtswegen wahrzunehmen.

§ 24. Wurde die sachliche Zuständigkeit eines Gewerbegerichtes von einem ordentlichen Gerichte rechtskräftig ausgesprochen, so ist die Entscheidung für das örtlich zuständige Gewerbegericht bindend, bei dem die Rechtssache in der Folge anhängig wird. Hat ein Gewerbegericht die sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte rechtskräftig ausgesprochen, so sind diese an die Entscheidung des Gewerbegerichtes gebunden.

§ 25. Die Parteien können sich durch Angehörige, Geschäftsführer oder Angestellte als Bevollmächtigte vertreten lassen. Die Vertretung durch Berufsgenossen ist zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Partei am Erscheinen gehindert oder ihre Angelegenheiten selbst zu vertreten nicht imstande ist.

§ 26. Die erste Tagsatzung ist in der Regel auf einen der nächsten drei Tage nach Ueberreichung der Klage anzuordnen.

§ 27. Das Gewerbegericht hat nach Maßgabe des Bedürfnisses bestimmte Tage und Stunden festzusetzen und bekannt zu machen, an welchen der Kläger mit der Gegenpartei auch ohne Vorladung erscheinen kann, um eine Rechtssache anhängig zu machen und darüber zu verhandeln.

§ 28. Die erste Tagsatzung kann vor dem Vorsitzenden des Gewerbegerichtes ohne Zuziehung der Beisitzer stattfinden, um einen Vergleich zu erzielen, die Einreden der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Unzuständigkeit des Gerichtes, der Streit-

Digitized by Google

anhängigkeit und der rechtskräftig entschiedenen Streitsache zu entscheiden oder ein Urtheil über Anerkennung, Verzicht oder Ausbleiben zu fällen.

Wenn die Parteien auf die Zuziehung von Beisitzern einverständlich verzichten, ist die Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache sofort vom Vorsitzenden vorzunehmen.

In allen übrigen Fällen werden die in der ersten Tagsatzung nicht erledigten Streitsachen vor das Gewerbegericht gewiesen.

§ 29. Falls eine erste Tagsatzung ohne Zuziehung von Beisitzern stattgefunden hat, berichtet der Vorsitzende zu Beginn der Verhandlung vor dem Gewerbegerichte über die Ergebnisse der ersten Tagsatzung.

Bei der vor dem Gewerbegerichte stattfindenden Verhandlung haben die Beisitzer das Recht, an Parteien, Zeugen und Sachverständige Fragen zu richten.

§ 30. In Streitsachen bis zu fünfzig Gulden entscheidet das Gewerbegericht endgiltig, und ist gegen das Urtheil lediglich die Berufung wegen Nichtigkeitsgründen (§ 477 der Civilprocessordnung) zulässig. Ueber diese ist vom Gerichtshof erster Instanz, in dessen Sprengel das Gewerbegericht seinen Sitz hat, zu entscheiden. Die Verhandlung und Entscheidung hat nach den für das Berufungsverfahren der Gerichtshöfe erster Instanz in der Civilprocessordnung erlassenen Vorschriften stattzufinden. Eine Vertretung durch Advocaten ist nicht geboten.

§ 31. In Streitsachen über höhere Beträge kann die Entscheidung des Gewerbegerichtes mittels der Berufung angefochten werden. Die Berufung ist vor dem Gewerbegericht binnen der unerstreckbaren Frist von vierzehn Tagen nach Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Urtheiles, wenn aber beide Parteien anwesend waren, binnen vierzehn Tagen nach der Verkündung des Urtheiles zu Protokoll zu erklären oder schriftlich einzubringen, Ueber die Berufung entscheidet der im § 30 bezeichnete Gerichtshof endgiltig.

Vor dem Berufungsgerichte wird die Streitsache in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt. Auf das Verfahren vor dem Berufungsgerichte finden die Bestimmungen Anwendung, welche in der Civilprocessordnung für das Verfahren vor dem Gerichtshof erster Instanz als Processgericht gegeben sind, mit der Abweichung, dass ein Wechsel vorbereitender Schriftsätze nicht stattfindet und eine Vertretung der Parteien durch Advocaten nicht geboten ist.

Digitized by Google

Der Gerichtshof entscheidet über diese Berufung unter Beiziehung von zwei gewerblichen Beisitzern. Nach welchen Grundsätzen dieselben zu den Sitzungen heranzuziehen sind, wird im Verordnungswege bestimmt.

§ 32. Das Rechtsmittel der Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage findet im Verfahren vor Gewerbegerichten nicht statt.

Insofern im Verfahren vor Gewerbegerichten ein Recurs zulässig ist, geht derselbe an den im § 30 bezeichneten Gerichtshof. Das Verfahren richtet sich nach den bezüglichen Bestimmungen der Civilprocessordnung.

§ 33. Auf Grund rechtskräftiger Urtheile des Gewerbegerichtes, sowie vor demselben geschlossener Vergleiche findet Execution statt, und hat zu diesem Zwecke das Gewerbegericht den Parteien auf Verlangen die Rechtskraft des Urtheiles zu bestätigen.

Dieselbe ist bei dem Bezirksgerichte, in dessen Sprengel der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermanglung eines solchen bei dem Bezirksgericht, in dessen Sprengel das Gewerbegericht seinen Sitz hat, anzusuchen und nach den Bestimmungen der Executionsordnung durchzuführen.

§ 34. Eingaben an das Gewerbegericht, Ausfertigungen desselben, sowie aufgenommene Protokolle sind stempel- und gebürenfrei.

Wird der Rechtsstreit durch einen Vergleich beendet, so wird keine Gebür eingehoben.

Die Urtheile der Gewerbegerichte unterliegen den für die Schiedsgerichte in dem Gesetze vom 29. Februar 1864, R.-G.-Bl. Nr. 20, festgesetzten Gebüren.

III. Die Gewerbegerichte als gerichtliche Instanzen gegenüber den gewerblichen Schiedsgerichten.

§ 35. Entscheidungen der schiedsgerichtlichen Ausschüsse der Genossenschaften (§§ 122, 123 der Gewerbeordnung) in Streitigkeiten, welche zur sachlichen Zuständigkeit der Gewerbegerichte gehören, können nach Beginn der Wirksamkeit des gegenwärtigen Gesetzes nur mehr vor dem Gewerbegerichte angefochten werden, wenn sich die Genossenschaft im Sprengel eines Gewerbegerichtes befindet.

IV. Gutachten und Anträge des Gewerbegerichtes.

§ 36. Das Gewerbegericht ist verpflichtet, auf Ansuchen der Landesbehörden Gutachten über gewerbliche Fragen zu er-

Digitized by Google

statten. Zur Vorbereitung oder Abgabe solcher Gutachten können besondere Ausschüsse aus der Mitte des Gewerbegerichtes gebildet werden.

Diese Ausschüsse müssen, sofern es sich um Fragen handelt, die die Interessen von Unternehmern und Arbeitern berühren, zu gleichen Theilen aus Beisitzern beider Kategorien zusammengesetzt sein. Sie tagen unter der Leitung des Vorsitzenden des Gewerbegerichtes.

Das Gewerbegericht ist berechtigt, in gewerblichen Fragen, welche die seiner Gerichtsbarkeit unterstehenden Betriebe berühren, Anträge an die Landesbehörde zu richten.

V. Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in Streitigkeiten aus dem gewerblichen Arbeits-, Lehr- und Lohnverhältnisse.

§ 37. Aus dem Arbeits-, Lehr- und Lohnverhältnisse entspringende Streitigkeiten zwischen Gewerbsinhabern und ihren Hilfsarbeitern, sowie zwischen Hilfsarbeitern untereinander, für deren Verhandlung bisher die Bestimmungen des § 87 c des Gesetzes vom 8. März 1885, R.-G.-Bl. Nr. 22, Geltung hatten, gehören von dem Tage, an welchem das gegenwärtige Gesetz in Kraft tritt, soweit nicht ein Gewerbegericht dafür zuständig ist, ohne Rücksicht darauf, ob sie während der Dauer des Arbeits-, Lehr- und Lohnverhältnisses oder nach dessen Beendigung angebracht werden, und ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zur sachlichen Zuständigkeit der Bezirksgerichte.

Die an diesem Tage bei politischen Behörden anhängigen derlei Streitsachen sind von denselben nach den bisher hiefür geltenden Vorschriften zu erledigen.

VI. Uebergangs- und Vollzugsvorschriften.

§ 38. Das gegenwärtige Gesetz tritt am 1. Juli 1898 in Kraft. Alle an diesem Tage bei den politischen Behörden oder bei den auf Grund des Gesetzes vom 14. Mai 1869, R.-G.-Bl. Nr. 63, bestehenden Gewerbegerichten anhängigen Streitsachen werden nach den bisher hiefür geltenden Vorschriften erledigt. Nach Abwicklung der bei den bestehenden Gewerbegerichten anhängigen Streitsachen haben diese Gerichte ihre Wirksamkeit einzustellen.

§ 39. Mit dem Tage, an welchem das gegenwärtige Gesetz in Kraft tritt, verlieren alle anderen gesetzlichen Vorschriften über Gegenstände, die durch das gegenwärtige Gesetz geregelt werden, ihre Wirksamkeit. Insbesondere verlieren auch die Bestimmungen der Gewerbeordnung über die Competenz der poli-

Digitized by Google

tischen Behörden in Lohnstreitigkeiten (§ 87 c der Gewerbeordnung) und über die schiedsrichterlichen Collegien (§ 87 ff. der Gewerbeordnung) mit der Maßgabe ihre Wirksamkeit, dass die bei Inkrafttreten des gegenwärtigen Gesetzes bei diesen Collegien anhängigen Streitsachen von ihnen nach den bisher hiefür geltenden Vorschriften zu erledigen sind.

§ 449. Die Ehegattin kann mit Vollmacht ihres Gatten für denselben im Processe auftreten.

Die Vorschrift ist eine Abweichung von der Bestimmung des § 29, wonach nur männliche Personen zu Bevollmächtigten bestellt werden können. Doch muss auch die mit Vollmacht einschreitende Gattin eigenberechtigt sein.

Sowohl der Kläger als der Beklagte kann sich von seiner Gattin vertreten lassen und es kann die Vollmacht zu Protokoll genommen werden (§ 451).

§ 450. Wenn über eine der im § 239, Abs. 2, bezeichneten Einreden abgesondert verhandelt und dieselbe auf Grund dieser Verhandlung abgewiesen wird, hat der Richter nach Verkündung dieser Entscheidung anzuordnen, dass die Verhandlung zur Hauptsache sogleich aufgenommen werde. Die Entscheidung über die Einrede ist solchenfalls nicht besonders auszufertigen, sondern in die Entscheidung aufzunehmen, welche in der Hauptsache gefällt wird.

Der Richter kann zwar auch im Bagatellverfahren die abgesonderte Verhandlung über die Einreden der Unzuständigkeit des Gerichtes, Unzulässigkeit des Rechtsweges, Streitanhängigkeit und Rechtskraft beschließen (§ 189), jedoch ist die im § 261 falcultativ für zulässig erklärte sofortige Aufnahme der Verhandlung zur Hauptsache nach Abweisung der Einrede für das Bagatellverfahren imperativ vorgeschrieben. Eine Aussetzung der Verhandlung über die Hauptsache bis nach Rechtskraft des die Einrede verwerfenden Beschlusses ist daher unzulässig, ohne dass dadurch eine aus anderen Gründen nothwendige Erstreckung der Tagsatzung unstatthaft würde.

Ueber die Präclusion der Einrede der Unzuständigkeit (§ 441) und über die Ausfertigung des die Processeinrede erledigenden Beschlusses (§ 261) gelten die allgemeinen Vorschriften.

§ 451. In Bagatellsachen hat das Verhandlungsprotokoll nur zu enthalten:

1. die in § 207 und § 208, Z. 1 angeordneten Angaben;

Digitized by Google

2. Aufzeichnungen über eine zu Protokoll gegebene Vollmacht, wenn die Partei persönlich mit dem Bevollmächtigten erscheint; über das Klagebegehren, wenn dieses im Sinne des § 439 an einem Gerichtstage angebracht wurde; über den wesentlichen Inhalt der Beweisaufnahmen und insbesondere über den Umstand, ob ein Zeuge oder Sachverständiger vor oder nach seiner Abhörung beeidet wurde oder ob dessen Beeidigung unterblieben ist; ferner über den Umstand, dass der Partei vor der unbeeideten Vernehmung und vor der eidlichen Vernehmung die gesetzlichen Erinnerungen gemacht wurden (§§ 376 und 377);

3. die bei der Verhandlung gefällten und verkündeten Urtheile, sowie jene Anordnungen und Verfügungen des Richters, wider welche ein Rechtsmittel zulässig ist;

4. die Bemerkung, ob die Parteien bei Verkündung des Urtheiles anwesend waren.

Außerdem ist in dem Falle, wenn die begonnene Verhandlung nicht an einem Tage beendet werden kann, auf Antrag oder nach Ermessen des Richters von amtswegen ein ausdrücklicher Widerspruch des Beklagten gegen die der Klage zugrunde liegenden Behauptungen in der vom Richter zu bestimmenden kurzen Fassung durch das Verhandlungsprotoko l zu beurkunden.

Die hier zusammengestellten Vorschriften lehnen sich an die allgemeinen Vorschriften des Gesetzes über die Protokollierung an, soweit dies dem Zwecke entspricht, und statuieren dann selbstständig den Umfang, die nothwendigen Bestandtheile und die zu beachtenden Vorsichten für das Bagatellprotokoll (Motive des Ausschusses, S. 44). Die über die Form des Protokolles im § 207 enthaltenen Vorschriften nebst den Bestimmungen der §§ 212, 213 über dessen Fertigung durch die Parteien, den Richter und Schriftführer und die Beurkundungen der im § 208, Z. 1 angeführten Parteierklärungen gelten auch im Bagatellverfahren.

Außerdem ist die Einhaltung der bei der Zeugen-, Sachverständigen- und Parteieneinvernahme vorgeschriebenen Formalitäten zu beurkunden und es sind die in der Verhandlung aufgenommenen Beweise ihrem wesentlichen Inhalte nach (§ 343) zu protokollieren.

Außer den verkündeten Urtheilen sind nur die nach § 517 durch Recurs anfechtbaren Beschlüsse in das Protokoll aufzunehmen oder in schriftlicher Ausfertigung dem Protokolle anzuschließen (§ 208). Anträge der Parteien (§ 208, Z. 2) sind nicht zu protokollieren.

Nur der Saehantrag (das Klagebegehren) ist in das Protokoll aufzunehmen, wenn beide Parteien ohne Vorladung vor

Digitized by Google

Gericht erscheinen, um einen Rechtsstreit anhängig zu machen und darüber zu verhandeln (§ 439). Das auf den Sachverhalt sich beziehende Parteivorbringen und die von den Parteien angebotenen Beweismittel (§ 209) sind gleichfalls nicht aufzunehmen, nur bei Erstreckung der bereits begonnenen Verhandlung kann der Richter den ausdrücklichen Widerspruch des Beklagten gegen die Klagsbehauptungen protokollieren.

§ 452. Das Urtheil ist mündlich zu verkünden. Das in Anwesenheit beider Parteien verkündete Urtheil wird mit der Verkündung den Parteien gegenüber wirksam. Waren beide Parteien bei der Urtheilsverkündung anwesend, so wird eine schriftliche Ausfertigung des Urtheiles nur auf Verlangen der Partei zugestellt. Außer diesem Falle ist beiden Parteien eine schriftliche Ausfertigung von amtswegen zuzustellen.

Bei der Verkündung des Urtheiles hat der Richter die Parteien darauf aufmerksam zu machen, dass gegen dieses Urtheil die Berufung nur wegen der im § 477, Z. 1 bis 7 aufgezählten Nichtigkeiten ergriffen werden könne. Ein gleicher Beisatz ist in die schriftliche Ausfertigung des Urtheiles aufzunehmen.

1. Im Bagatellverfahren ist das Urtheil stets mündlich zu verkünden, also auch dann, wenn dies nicht sofort nach Schluss der Verhandlung geschehen kann (§ 415). Es wird sohin in solchen Fällen zur Verkündung des Urtheiles eine neue Tagsatzung anzuberaumen und sofort nach der Verhandlung den Parteien bekanntzugeben sein. Mit dem Urtheile sind die Entscheidungsgründe zu verkünden (§ 414). Bei Verkündung des Urtheiles hat der Richter allen Parteien die Vorschriften des § 477, Z. 1—7 vorzuhalten und sie darauf aufmerksam zu machen, dass die Berufung nur wegen einer dieser Nichtigkeitsgründe ergriffen werden kann.

Parteien, welche rechtsunkundig und nicht durch Advocaten vertreten sind, hat der Richter außerdem darauf aufmerksam zu machen, dass die Berufung binnen 14 Tagen nach der Verkündung durch Ueberreichung eines Schriftsatzes und an Orten, in welchen nicht wenigstens zwei Advocaten ihren Sitz haben, durch entsprechende Erklärungen zu gerichtlichem Protokolle zu erheben ist (§§ 447, 465), dass die Berufungsschrift von einem Advocaten gefertigt sein muss, dass aber Parteien, die das Armenrecht genießen und noch keinen Advocaten haben, an Orten, wo zwei oder mehr Advocaten ihren Sitz haben, die Bestellung eines Beamten der Staatsanwaltschaft

Digitized by Google

oder des Gerichtes zur Ueberreichung der Berufungsschrift verlangen können (§ 90, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.). Zugleich sind die Parteien zu befragen, ob sie die Berufung zu ergreifen beabsichtigen. Wird dies verneint, so ist der Verzicht auf die Berufung im Verhandlungsprotokolle zu beurkunden (§ 148 Gesch.-O.).

2. Die Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung des Urtheiles findet von amtswegen im Bagatellverfahren nicht statt, wenn beide Parteien bei der Verkündung anwesend waren. Die Rechtsmittel- und im Anschluss an diese die Zahlungsfrist beginnt mit der Verkündung des Urtheiles (§ 464). Dasselbe gilt auch für Beschlüsse (§ 521).

Ist aber auch nur eine Partei bei der Verkündung des Urtheiles nicht zugegen gewesen, so muss jeder der beiden Parteien eine schriftliche Urtheilsausfertigung zugestellt werden, welche den Inhalt des § 477, Z. 1—7, die Belehrung, dass die Berufung nur wegen dieser Nichtigkeitsgründe ergriffen werden kann, und die weitere Belehrung zu enthalten hat, dass im Berufungsverfahren die Parteien durch Advocaten vertreten sein müssen (§ 463), dass die Berufungsschrift von einem Advocaten gefertigt sein muss. An Orten, in welchen nicht wenigstens zwei Advocaten ihren Sitz haben, kommt die weitere Belehrung dazu, dass die Berufungsschrift durch entsprechende Erklärungen zu gerichtlichem Protokolle ersetzt werden kann (§ 465).

An Orten, in welchen zwei oder mehr Advocaten ihren Sitz haben, ist dagegen der armen Partei, für welche noch kein Advocat bestellt ist, bekannt zu geben, dass für sie, wenn sie gegen das Urtheil Berufung ergreifen will, auf Antrag ein Beamter der Staatsanwaltschaft odes des Bezirksgerichtes mit der Abfassung und Ueberreichung der Berufungsschrift betraut würde.

§ 453. Wird durch eine im Laufe des Verfahrens vorgenommene Aenderung der Klage die im § 448 bezeichnete Wertgrenze überschritten, ohne dass jedoch zugleich die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichtes dadurch aufgehoben würde, so hat die Verhandlung und Entscheidung der Rechtssache nach den sonst für das bezirksgerichtliche Verfahren geltenden Vorschriften stattzufinden.

Wenn durch eine Einschränkung des Klagebegehrens nach Anbringung der Klage (§ 54 J. N.) dieses unter die für das Bagatellverfahren festgesetzte Wertgrenze herabsinkt, so hat dies die Ueberleitung des anhängigen ordentlichen Verfahrens in das Bagatellverfahren nicht zur Folge. Eine zulässige

Digitized by Google

Aenderung (§ 235) der Klage, über welche das Bagatellverfahren eingeleitet wurde, über die Wertgrenze von 50 fl. hat dagegen die Ueberleitung des Bagatellverfahrens in das ordentliche bezirksgerichtliche Verfahren zur Folge, wenn das Bezirksgericht für das geänderte Begehren zuständig bleibt. Diese Aenderung des Verfahrens ist durch Beschluss einzuleiten und es wird, wenn bereits Verhandlungen im Bagatellverfahren stattgefunden haben, das ganze thatsächliche Vorbringen nebst den Beweisanbietungen, allenfalls unter Wiederholung der diesbezüglichen Verhandlung, zu protokollieren sein. Die Protokollierung der etwa bei einer früheren Verhandlungstagsatzung verkündeten Beschlüsse wird jedoch nicht nachgetragen werden können.

Wurde eine der Parteien durch ihre Ehegattin als Bevollmächtigte vertreten, so wird diese über eine solche abgeänderte Klage nicht verhandeln können und es wird die von ihr unterlassene Einwendung nicht die im § 235 festgesetzte Wirkung der Einwilligung in die Klageänderung haben.

Es wird vielmehr sofort für einen gesetzmäßigen Bevollmächtigten (§ 37) oder für das persönliche Eintreten der Partei zu sorgen und die Tagsatzung erforderlichen Falls zu erstrecken sein.

Besondere Bestimmungen für das Verfahren über Besitzstörungsklagen.

§ 454. Im Verfahren über Klagen wegen Störung des Besitzstandes bei Sachen und bei Rechten, in welchen das Klagebegehren nur auf den Schutz und die Wiederherstellung des letzten Besitzstandes gerichtet ist und welche innerhalb dreißig Tagen anhängig zu machen sind, nachdem der Kläger von der Störung Kenntnis erlangte, haben die nachfolgenden besonderen Bestimmungen (§§ 455 bis 460) zu gelten.

Schriftlich überreichte Klagen sind von außen als Besitzstörungsklagen zu bezeichnen.

1. Besitzstörungssachen sind Ferialsachen (§ 224). Deshalb und um das Gericht auf die nothwendige Beschleunigung des Verfahrens aufmerksam zu machen, sind Besitzstörungsklagen von außen, also im Rubrum, als solche zu bezeichnen, ohne dass jedoch die Unterlassung als eine die ordnungsmäßige Behandlung zu hindern geeignete (§ 84) Formverletzung beseitigt werden müsste. Schutz findet der letzte factische Besitzstand, nicht die Innehabung, außer der Detentor ist Rechtsbesitzer (Nutznießer, Pächter). Schon der Mitbesitz berechtigt den Mitbesitzer zur Besitzstörungsklage gegen den anderen Mitbesitzer, der ihn eigenmächtig an der Ausübung seiner

Digitized by Google

Besitzrechte hindert (E. d. O. G. H. Nr. 12576). Der Gemeindevorsteher bedarf zur Anstellung und Durchführung der Besitzstörungsklage der Legitimation durch einen Beschluss der Gemeinde nicht, weil es sich um eine Angelegenheit handelt, deren Besorgung zur gewöhnlichen von dem Gemeindevorsteher selbsständig geführten Vermögensverwaltung gehört (E. d. O. G. H. Nr. 10173). Der Pfarrer ist zur Erhaltung des Besitzes des Beneficiums an Sachen oder Rechten ohne Intervention der Finanzprocuratur legitimiert, da die Entscheidung bloß als einstweilige Norm gilt (E. d. O. G. H. Nr. 13226). Der Fideicommisscurator ist zur Einbringung der Besitzstörungsklage berechtigt, weil er für die Erhaltung des Fideicommissvermögens zu sorgen hat (E. d. O. G. H. Nr. 7874).

2. Schutz findet jeder Besitz, der Sachbesitz und der Rechtsbesitz. Das Verbot der Ausübung eines Rechtes ist eine Besitzstörung, weil diese Beeinträchtigung ein hinreichender Grund für den Kläger ist, die richterliche Hilfe anzusuchen, um so mehr, als der Geklagte, wenn der Kläger sich dem Verbote gefügt hätte, nach § 318 a. b. G. B. in den Besitz des Untersagungsrechtes getreten wäre (E. d. O. G. H. Nr. 8162, 11555), keineswegs genügt aber die bloße Nichtanerkennung des dem Besitze entsprechenden Rechtes, da eine Nichtanerkennung allein die Ausübung des Besitzes weder entziehen noch beeinträchtigen kann (E. d. O. G. H. Nr. 11405). Wenn der Besitz erst erworben oder ein stärkeres Recht zum Besitze geltend gemacht werden will, als aus der Thatsache des letzten factischen Besitzes folgt, sa hat das Verfahren nicht statt (Ullmann, S. 397). Die Besitzstörungsklage hat statt bei Beeinträchtigung im Besitze (§ 339 a. b. G. B.) und bei widerrechtlicher Besitzentsetzung; wenn jedoch der Dritte in den Grenzen seiner Machtbefugnis handelt, oder das Gesetz zur einseitigen Besitzergreifung ermächtigt (§§ 422, 1321 a. b. G. B.), oder der Act als Vollzug eines gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Erkenntnisses sich darstellt, so entfällt der provisorische Schutz (Ullmann, S. 398).

Der Sequester, der sich innerhalb der Grenzen des ihm ertheilten Auftrages bewegt, ist nicht haftbar (E. d. O. G. H. Nr. 11006). Die Besitzstörungsklage des in den Besitz eingeführten Erstehers gegen dritte Personen, welche im Besitze derselben sind und sich an der Execution nicht betheiligt haben, ist unzulässig (E. d. O. G. H. Nr. 9821). Diesen selbst steht die Besitzstörungsklage zu, weil die Einführung nur dem Executen, niemals aber einer dritten Person gegenüber wirksam sein kann (E. d. O. G. H. Nr. 4760). Die durch eine berg-

Digitized by Google

behördliche Verfügung aus sicherheitspolizeilichen Gründen erfolgte Einfriedung eines fremden Grundstückes begründet keine Besitzstörung, weil die Eigenmächtigkeit des Eingriffes, die Absicht des Beklagten, den Kläger in seinem ruhigen Besitze zu stören, fehlt (E. d. O. G. H. Nr. 13198). Durch die im polizeilichen Auftrage stattgefundene Einplankung eines Grundstückes wird keine Besitzstörung begangen, weil der § 339 a. b. G. B. eine Eigenmächtigkeit erfordert, dieses wesentliche Merkmal einer Besitzstörung aber mangelt (E. d. O. G. H. Nr. 9120).

In dem Absperren eines Fahrweges durch einen Schranken unter gleichzeitiger Anbietung des Schlüssels an den Fahrberechtigten kann nur eine zum Schutze des Grundstückes getroffene Maßregel erblickt werden (E. d. O. G. H. Nr. 8072). Die von dem Vermieter infolge behördlichen Auftrages vorgenommene Bauführung kann wegen des Abganges der Eigenmächtigkeit (E. d. O. G. H. Nr. 13293), die von ihm eigenmächtig vorgenommene nothwendige Bauführung kann mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 1118 a. b. G. B. nicht angefochten werden (E. d. O. G. H. Nr. 13526).

Der Wohnungsberechtigte wird durch nothwendige Bauführungen im Besitze seines Wohnungsrechtes nicht gestört, weil der Eigenthümer nach §§ 362, 364, 514 a. b. G. B. hiezu befugt ist (E. d. O. G. H. Nr. 9247).

3. Der Streit, ob zu einer Besitzstörung das Bewusstsein des Eingriffes in fremde Besitzrechte nothwendig sei (E. d. O. G. H. Nr. 8534) oder ob es nur auf die materielle Beeinträchtigung des Besitzes, abgesehen von den Intentionen und dem guten oder bösen Glauben des Handelnden ankommen kann (E. d. O. G. H. Nr. 9791) — beide Entscheidungen betreffen das irrthümliche Abmähen einer fremden Wiese an der nur schwer erkennbaren Grenze — wird wohl durch die Vorschrift des § 45 über die Verpflichtung des Klägers zum Ersatze der Processkosten an den den Klageanspruch sofort bei der ersten Tagsatzung anerkennenden Beklagten, der durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage nicht Veranlassung gegeben hat, seine Bedeutung verlieren, wie ja bereits der O. G. H. mit der Entscheidung Nr. 11841 der Besitzstörungsklage gegen denjenigen, der irrthümlich — wegen Verkennung der Grenzen — in fremdem Walde Bäume fällen ließ, stattgegeben, die Strittkosten aber als nicht nothwendig nicht zugesprochen hat. Die Besitzstörungsklage gegen denjenigen, der einen bereits vorhandenen Fußsteig benützte, gegen denjenigen, der ein fremdes Grundstück betrat, ohne sich ein Recht anmaßen zu wollen, wurde vom O. G. H. abgewiesen (Nr. 9832).

Digitized by Google

4. Die Frist zur Ueberreichung der Klage ist keine Processfrist sondern ein Präclusivzeitraum für die Zulässigkeit der Klage (§ 123, Anm. 3).

Die Bestimmungen über Verlängerung und Abkürzung der Fristen (§§ 128, 129) und über den Einfluss der Gerichtsferien auf den Lauf der Fristen (§ 225) können daher auf sie keine Anwendung finden.

Dagegen gelten für diese Frist die Vorschriften über die Berechnung von Fristen, über die Einrechnung der Sonn- und Feiertage und über das Ende der Frist am nächsten Werktage, wenn der letzte Tag auf einen Sonn- oder Feiertag fällt (§ 126); über die Nichteinrechnung der Tage des Postenlaufes (§ 89, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.).

Der Tag, an welchem der Kläger von der Besitzstörung Kenntnis erhielt, ist in die Frist nicht einzurechnen (E. d. O. G. H. Nr. 7623). Die Frist ist nicht von dem Zeitpunkte der Kenntnisnahme durch den Stellvertreter im Besitze, sondern von dem Zeitpunkte der Kenntnisnahme seitens des Besitzers zu berechnen, weil zur Anstrengung des Processes durch dritte Personen nach § 1008 a. b. G. B. denselben eine besondere darauf lautende Vollmacht ertheilt werden muss (E. d. O. G. H. Nr. 5219). Der klagenden Bahn kann die Kenntnis nicht schon dann zugerechnet werden, wenn irgend ein Bahnbediensteter die betreffende Handlung wahrnahm oder erfuhr, sondern erst dann, wenn jene Organe davon Kenntnis erlangten, welche diesfalls zu einem Einschreiten für die Bahn berufen sind (E. d. O. G. H. Nr. 11043). Dem Posteritätscurator ist die Frist vom Zeitpunkte seiner Kenntnisnahme zu berechnen (E. d. O. G. H. Nr. 7874), der Finanzprocuratur als gesetzlichen Vertreter des Stammvermögens der Pfarrkirche von der Zeit, zu welcher sie von der Besitzstörung Mittheilung erhielt (E. d. O. G. H. Nr. 8465). Dies gilt für alle Fälle der gesetzlichen Vertretung processunfähiger Personen.

Die Frist ist vom Zeitpunkte der erlangten Kenntnis der Störung und nicht vom Zeitpunkte der Ermittlung des Thäters zu berechnen (E. d. O. G. H. Nr. 4917). Die verspätete Einbringung der Klage kann nicht von amtswegen berücksichtigt werden (E. d. O. G. H. Nr. 10826), derjenige, welcher die Verabsäumung der Frist behauptet, hat sowohl die Thatsache, wann der Gegner von der den Besitz störenden Handlung Kenntnis erlangte, als auch den Ablauf dieser Frist nach den allgemeinen Grundsätzen über die Beweisverbindlichkeit zu erproben (E. d. O. G. H. Nr. 8657).

Digitized by Google

5. Selbstverständlich hat der Richter auch im Besitzstörungsverfahren seine Zuständigkeit zu prüfen.

Die Eisenbahnunternehmungen haben nach § 10 der V. v. 14. September 1854, Nr. 238 R.-G.-Bl., solche Vorkehrungen zu treffen, dass die angrenzenden Grundstücke keinen Schaden leiden, sie haben, wenn durch solche Vorkehrungen öffentliche Wege u. s. w. gestört werden, die gestörte Communication anderweitig wieder herzustellen. Angelegenheiten, welche sich auf die Vollziehung dieser Bestimmungen beziehen, sind nach § 13 dieser Verordnung vom Rechtswege ausgeschlossen (E. d. O. G. H. Nr. 11728).

Die bei Vornahme von Vorarbeiten zum Baue einer concessionierten Bahn geschehenen Eingriffe sind keine Besitzstörung, weil diese Berechtigung nicht auf einem privatrechtlichen sondern auf einem öffentlichrechtlichen Titel beruht, der § 42 des Expropriationsgesetzes außerdem alle Streitigkeiten der Entscheidung der politischen Behörde vorbehalten hat (E. d. O. G. H. Nr. 11851).

Nach den §§ 96, 103 der Eisenbahnbetriebsordnung vom 16. November 1851, Nr. 1 R.-G.-Bl., ist das Betreten des Bahnkörpers außer an den zum Uebergange festgesetzten Punkten verboten; Besitzrechte können daher an solchen Bahnparcellen nicht erworben, im Besitzstörungsverfahren nicht geschützt werden (E. d. O. G. H. Nr. 11827).

Vorkehrungen zur Sicherung einer Eisenbahnstrecke gegen Schneeverwehungen dürfen von der Bahnverwaltung nicht eigenmächtig vorgenommen werden, weil der auch nur zeitlichen Benützung eines fremden Grundes das Erkenntnis der politischen Behörde über die Nothwendigkeit und den Umfang einer solchen Enteignung vorauszugehen hat (E. d. O. G. H. Nr. 5282).

Die Entscheidung über die Störung im Besitze des Jagdrechtes gehört zur Competenz der Gerichte, weil es sich nicht um die Handhabung jagdpolizeilicher Vorschriften handelt (E. d. O. G. H. Nr. 12646). Dagegen ist die Verfolgung des Wildes in das Jagdrevier des Nachbars keine Besitzstörung, weil es der Ahndung der politischen Behörde unterliegt (E. d. O. G. H. Nr. 8922).

Der Besitz eines durch Vertrag mit dem Pfarrer erworbenen Kirchenstuhles ist gegen den Pfarrer gerichtlich auch dann zu schützen, wenn die Entziehung wegen Verweigerung der Zahlung des Sitzgeldes geschehen ist (E. d. O. G. H. Nr. 4982).

Digitized by Google

Auch zur Entscheidung über das vom Pfarrer ausgesprochene Verbot der weiteren Benützung eines eingekauften Kirchenstuhles sind die Gerichte zuständig (E. d. O. G. H. Nr. 9926). Die Wegschaffung des nur benützten — nicht eingekauften — Kirchenstuhles durch den Pfarrer, die Versetzung desselben an einen anderen Platz gehören dagegen zu den inneren Angelegenheiten der Kirchendisciplin und können im Besitzstörungsverfahren nicht angefochten werden.

Ausgeschlossen ist die Besitzstörungsklage bei gemeindepolizeilichen und administrativen Verfügungen (Ullmann, S. 399). Ist die Gemeinde als Ortsbehörde eingeschritten, welcher die Erhaltung der Straßen, Wege und Plätze, wie überhaupt die Handhabung der Ortspolizei zukommt, so steht nur der Weg der Beschwerde an die politische Behörde offen (E. d. O. G. H. Nr. 10355, 7918, 5869).

Entscheidungen der autonomen Behörden in Angelegenheiten der Strassen- und Baupolizei können im Besitzstörungsverfahren nicht angefochten werden, weil ein privatrechtlicher Anspruch doch nicht die aus öffentlichen Rücksichten gesetzlich den Administrativbehörden eingeräumten Befugnisse und Verpflichtungen durchbrechen kann (E. d. O. G. H. Nr. 13246), weil die Gerichtsbehörden nicht berufen sind, über die Nothwendigkeit, Zweckmäßigkeit und Ordnungsmäßigkeit der von der Straßen- und Baupolizei getroffenen Verfügungen zu entscheiden (E. d. O. G. H. Nr. 11908), weil nach der Gemeindeordnung zur Verhandlung und Entscheidung von derlei die öffentlichen Wege betreffenden Angelegenheiten die autonomen Behörden berufen sind (E. d. O. G. H. Nr. 8858). Dagegen wurde die gerichtliche Competenz anerkannt bei eigenmächtigem Eingreifen in Privatrechte unter dem Vorwande der Wahrung öffentlicher Interessen (E. d. O. G. H. Nr. 11264), bei Ueberschreitung des Wirkungskreises der Gemeinde mit Hinwegsetzung über die gesetzlichen Bestimmungen bezüglich der Enteignung von Privatbesitz (E. d. O. G. H. Nr. 8364).

Die Störung im Besitze eines öffentlichen Weges durch Verhinderung einzelner Personen in der Benützung desselben kann von der Gemeinde mit der Besitzstörungsklage nicht angefochten werden. Die Beurtheilung von Störungen dieser Art fällt in den Bereich der Wegpolizei, zu deren Handhabung die Gemeinde im eigenen Wirkungskreise berufen ist (E. d. O. G. H. Nr. 10281).

Zur Entscheidung über die Anmaßung eines nach dem k. Pat. vom 5. Juli 1853, Nr. 30 R.-G.-Bl. der Ablösung oder Regulierung von amtswegen unterliegenden Servitutsrechtes

Digitized by Google

sind die Verwaltungsbehörden zuständig (E. d. O. G. H. Nr. 25, Ger. Halle v. J. 1887).

Der § 3 des Reichswassergesetzes vom 30. Mai 1869, Nr. 93 R.-G.-Bl., lässt die Frage, ob Besitzstörungsstreitigkeiten vor den Gerichten auszutragen seien, unberührt, indem er die im ersten Absatze erwähnten Ausnahmen auch auf den nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte zu schützenden Besitz ausdehnt (E. d. O. G. H. Nr. 4806). Die Administrativbehörden, welchen nach ihrer Natur die Aufgabe zufällt, das öffentliche Interesse zu wahren, sind nur berufen, in denjenigen Angelegenheiten zu intervenieren, welche sich auf die Benützung, Leitung und Abwehr der Gewässer beziehen und ihre Regelung in den diese Angelegenheiten gewidmeten Gesetzen finden.

Zu diesen Angelegenheiten gehört offenbar nicht die Frage, ob jemand im Besitze eines Wasserbezugsrechtes gestört wurde. Die Entscheidung über den Bestand von Privatrechten ist auch in Wasserrechtssachen (§ 84 R. W. G.) den Verwaltungsbehörden ausdrücklich entzogen (E. d. O. G. H. Nr. 10077).

Die Entscheidung über die Störung eines Wasserbezugsrechtes (E. d. O. G. H. Nr. 11930), des Rechtes, eine Wasserschleuße zu öffnen (E. d. O. G. H. Nr. 12618), eine Schleußenhütte zu betreten (E. d. O. G. H. Nr. 11436), Eis zu gewinnen (E. d. O. G. H. Nr. 11034) steht den Gerichten zu, weil nicht erst die Anerkennung eines mit dem Gemeingebrauche collidierenden Nutzungsrechtes, sondern der Schutz im Besitze gegenüber der erfolgten Störung desselben begehrt wird. Die gerichtliche Entscheidung präjudiciert der Einflussnahme der politischen Behörde nicht, wenn dieselbe vom Standpunkte des öffentlichen Interesses und wirtschaftlichen Bedürfnisses Anordnungen zu treffen für nöthig findet (E. d. O. G. H. Nr. 11930).

6. Die von einer dritten Person im Interesse des Beklagten verübte Besitzstörung muss als von ihm selbst begangen angesehen werden, wenn der Repräsentierte die ohne seinen Auftrag erfolgte Apprehension genehmigt, da die Genehmigung dieselbe Rechtswirkung hat, wie das Mandat (E. d. O. G. H. Nr. 7631). Der Ehemann haftet für die von seiner Frau unternommene Störung, wenn er den durch seine Frau geschaffenen Zustand außergerichtlich oder gerichtlich vertheidigt, denselben aufrecht zu halten und daraus Nutzen zu ziehen gesucht hat (E. d. O. G. H. Nr. 8849). Der Dienstherr hat die von seinen Dienstboten in Ausübung ihres Dienstes begangenen

Digitized by Google

Besitzstörungen auch dann zu vertreten, wenn er hiezu den Auftrag nicht gegeben hat (E. d. O. G. H. Nr. 6603). Der Pächter kann mit der Besitzstörungsklage belangt werden, auch wenn er im Auftrage des Verpächters, jedoch im eigenen Interesse den Störungsact vornimmt (E. d. O. G. H. Nr. 11444).

Die im Auftrage bei der Besitzstörung beschäftigten Arbeiter sind nicht haftbar, weil sie bei der Verrichtung der Lohnarbeit weder den Willen hatten, eine Besitzhandlung vorzunehmen, noch das Bewusstsein, dass der Kläger dadurch in seinem Besitz gestört werde (E. d. O. G. H. Nr. 6790).

Die Bahngesellschaft, welche den Bahnbau einem Bauunternehmer übergeben hat, kann wegen Besitzstörungshandlungen des letzteren und seiner Arbeiter im Besitzstörungsverfahren nicht belangt werden (E. d. O. G. H. Nr. 5430).

§ 455. Bei der Anberaumung der Tagsatzungen und Fristen ist stets auf die Dringlichkeit der Erledigung besonderer Bedacht zu nehmen.

Die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung kann auf den nämlichen Tag anberaumt werden, an welchem die Klage eingebracht wurde (§ 436). An Sonntagen, sowie am Weihnachtstage dürfen Tagsatzungen nicht abgehalten werden (§ 221), wohl aber bei Gefahr am Verzuge an einem Feiertage. Die Tagsatzung kann auch an Ort und Stelle angeordnet werden (§ 132), doch ist die Uebung, die Tagsatzung immer gleich in Erledigung der Klage an Ort und Stelle anzuordnen, nicht praktisch.

Die Commissionskosten erschweren und vereiteln oft einen Vergleichsabschluss, die erregten Streittheile, unterstützt und angeeifert durch Frau und Gesinde, sind im freien Felde schwerer zu regieren als in der Gerichtsstube und unerquickliche Scenen hindern den Richter, sein Augenmerk unbeirrt dem Streitgegenstande zu widmen. In vielen Fällen ist die Vornahme eines Augenscheines gar nicht nöthig oder sie entfällt mit Rücksicht auf die thatsächlichen Anführungen der Parteien. Im neuen Verfahren, das mit der mündlichen Verkündung der Erstreckung der Tagsatzung diese auf die allerkürzeste Zeit, ja auf denselben Tag ermöglicht, wird es zweckmäßig sein, den Augenschein als Beweisaufnahme erst dann anzuordnen, wenn er nach dem Ergebnisse der Verhandlung nothwendig erscheint und mit dem Zeugen- oder Sachverständigenbeweise verbunden werden kann.

Für Besitzstörungsklagen von Richtern und gegen Richter, welche nach § 79 J. N. zur Competenz des Gerichtshofes ge-

hören, ist nach Art. XIV E. G. z. J. N. vor einem Mitgliede des Gerichtshofes als Einzelrichter zu verhandeln.

§ 456. Auf Grund des in der Klage gestellten Begehrens, im Sinne der §§ 340 bis 342 a. b. G. B. ein Verbot zu erlassen, hat der Richter sogleich bei Erledigung der Klage ohne Einvernehmung des Gegners das Erforderliche zu verfügen.

Die dem Besitzer einer unbeweglichen Sache oder eines dinglichen Rechtes gemäß §§ 340 bis 342 a. b. G. B. zustehende Berechtigung, das Verbot einer beabsichtigten Bauführung vor Gericht zu fordern, hat nicht mehr statt, wenn der Bauführer nach Inhalt der für die Bauführungen geltenden Vorschriften das Begehren um Ertheilung der Baubewilligung gestellt hat, der angeblich gefährdete, zur Baucommission gehörig und rechtzeitig geladene Besitzer jedoch bei derselben nicht erschienen ist oder gegen die begehrte Baubewilligung keine Einwendungen erhoben hat (Art. XXXVII E. G.). Nach § 340 a. b. G. B. ist der Unternehmer einer Bauführung einem gerichtlichen Bauverbote ausgesetzt, wenn er sich nicht gegen die privatrechtlichen Einwendungen Dritter „nach Vorschrift der allgemeinen Gerichtsordnung“ geschützt hat; nämlich durch Vorlage des Planes an die Baubehörde behufs Provocation der Interessenten oder durch Aufforderungsklage gegen jene, welche bei der Baucommission Widerspruch erhoben haben. Die Civilprocessordnung befasst sich weder mit den Bedingungen und dem Inhalte der politischen Baucommission, noch ist ihr ein Aufforderungsverfahren bekannt. Hieraus ergeben sich für die Auslegung des § 340 cit. erhebliche Schwierigkeiten und das Wegfallen der Möglichkeit, sich „nach Vorschrift der allgemeinen Gerichtsordnung“ vor Widersprüchen Dritter zu sichern, könnte eventuell dahin gedeutet werden, dass nunmehr jeder Besitzer eines dinglichen Rechtes, gleichgiltig ob er bei der politischen Baucommission erschienen ist und Einsprache erhoben hat oder nicht, die Einstellung des begonnenen Baues zu erwirken befugt sei.

Es scheint somit unabweisbar, die schon durch das H. D. v. 5. März 1787, Nr. 641 J. G. S., gelockerte, durch die Civilprocessordnung aber vollends abgeschnittene Verbindung zwischen der Bestimmung des § 340 a. b. G. B. und jener der einzelnen Bauordnungen wieder herzustellen und durch eine klare Vorschrift die Anrainer zu verpflichten, gelegentlich der Baucommission auch ihre privatrechtlichen Einwendungen bei sonstigem Ausschlusse geltend zu machen (Regierungsmotive, S. 15). An die Stelle der Aufforderungsklage tritt die Feststellungsklage nach § 228.

Digitized by Google

Zur Einstellung eines von der politischen Behörde genehmigten Wasserbaues sind die Gerichte nicht zuständig, weil die Frage, wie sich gegen die Anrainer zu schützen ist, nicht mehr nach den Bestimmungen des § 340 a. b. G. B., sondern nach den Normen des 6. Abschnittes des Wassergesetzes zu beantworten ist (E. d. O. G. H. Nr. 4968).

Die Anlage einer der behördlichen Genehmigung bedürftigen gewerblichen Betriebsanlage bietet keinen Anlass zu einer besonderen Bestimmung, weil, insoweit dieselbe mit einem Neubaue verbunden ist, die Vorschriften der Bauordnungen und jene des § 340 a. b. G. B. zur Anwendung kommen, insofern dies aber nicht zutrifft, der Grund für eine Präclusion privatrechtlicher Einspruchsrechte nicht gegeben ist. Deren Geltendmachung ist im § 30 der Gewerbegesetznovelle vom 15. März 1885, Nr. 39 R.-G.-Bl., ausdrücklich vorbehalten. Für Bauten im Bergwerksbetriebe sind die besonderen Bestimmungen des Berggesetzes maßgebend (Regierungsmotive, S. 15). Die Einstellung des Baues (§ 341 a. b. G. B.) ist nur über Antrag zulässig.

§ 457. Die Verhandlung ist auf die Erörterung und den Beweis der Thatsache des letzten Besitzstandes und der erfolgten Störung zu beschränken, und es sind alle Erörterungen über das Recht zum Besitze, über Titel, Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes oder über etwaige Entschädigungsansprüche auszuschließen.

Die Beweisführung durch Vernehmung der Parteien gemäß § 371 ff. ist ausgeschlossen.

1. Die Störung des Besitzes und den letzten factischen Besitz hat der Kläger zu erweisen (E. d. O. G. H. Nr. 12572), der Beweis des Abganges der Eigenmächtigkeit obliegt dem Beklagten (E. d. O. G. H. Nr. 12610).

Ueber die Frage, ob ein Vertrag zwischen den Streittheilen bestehe, welchen Inhalt derselbe habe und ob der Beklagte verpflichtet sei, denselben einzuhalten, kann nur im ordentlichen Rechtswege entschieden werden (E. d. O. G. H. Nr. 13406). Die Frage ob der Beklagte zur Abstockung von Bäumen nur zum eigenen Gebrauche oder auch zum Zwecke der Veräußerung berechtigt ist, kann als Rechtsfrage nicht im Besitzstörungsverfahren gelöst werden (E. d. O. G. H. Nr. 13014). Die vom Kläger behauptete Erweiterung der Servitut des Fahrrechtes ist nicht im Besitzstörungsverfahren auszutragen, sondern kann nur im ordentlichen Rechtswege entschieden werden; denn diese Fragen betreffen

Digitized by Google

das Recht selbst, die Natur und den Inhalt der Dienstbarkeit, deren Erörterung dem ordentlichen Rechtswege vorbehalten ist (E. d. O. G. H. Nr. 8431, 7926). (Gegentheilige Entscheidung Nr. 10013: weil kein Grund zu ersehen ist, warum nicht mit Beiseitelassung der Rechtsfrage die Prüfung auf den gegenwärtigen Besitzstand der Fahrrechtsausübung beschränkt werden könne). Die Privatpfändung von Vieh ist keine Besitzstörung, weil es sich um die Frage handelt, ob der Beklagte zur Pfändung nach § 1321 a. b. G. B. berechtigt war, diese Frage aber nur im ordentlichen Rechtswege entschieden werden kann (E. d. O. G. H. Nr. 8917). Die Einwendung, dass die Besitzhandlung nur gegen Entgelt gestattet ist, ist im Besitzstörungsverfahren unzulässig, über dieselbe kann nur im ordentlichen Rechtswege entschieden werden (E. d. O. G. H. Nr. 9694).

2. Die gewaltsame Oeffnung einer eigenmächtig gesperrten, von beiden Parteien benützten Thüre ist keine Besitzstörung, sondern die Wiederherstellung des früheren Zustandes, eine Besitzstörungsklage daher unzulässig (E. d. O. G. H. Nr. 13135). Die Wegschaffung eines Zaunes, um das bestehende Recht der Viehtränke auszuüben, ist keine Besitzstörung, sondern der Schutz des eigenen Besitzes (E. d. O. G. H. Nr. 11473). Die Wegnahme eines auf eigene Kosten gesetzten Sparherdes aus der gemieteten Wohnung durch den Mieter vor Räumung der Wohnung kann vom Vermieter als Besitzstörung nicht angefochten werden. Insofern sich der Kläger darauf beruft, dass der Sparherd als ein mauerfestes Object und daher als Zugehör des Hauses zu betrachten ist, hat er dies im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen (E. d. O. G. H. Nr. 5605). In dem Fällen eines Baumes durch den Besitzer des Grundstückes, worauf er steht, liegt keine Störung des Besitzes des Nachbars, weil das diesem in § 422 a. b. G. B. eingeräumte Recht, die Wurzeln aus seinem Boden auszureißen und die überhängenden Aeste abzuschneiden oder sonst zu benützen, für ihn keinen Mitbesitz des Baumes begründet (E. d. O. G. H. Nr. 5729).

In der Verhinderung der Fortschaffung der Wohnungseinrichtung des Mieters durch den Vermieter zur Sicherstellung seines Mietzinses kann eine Besitzstörung nicht erkannt werden, weil das Pfandrecht an der in eine Mietwohnung eingebrachten Fahrnis gemäß H. D. v. 10. April 1837, Nr. 189 J. G. S. von dem Zeitpunkte wirksam wird, als die Mobilien in die Wohnung eingebracht worden sind (E. d. O. G. H. Nr. 7387).

Durch Tanzunterhaltungen in der Wohnung des einen Mieters wird ein anderer Mieter wohl in dem Gebrauche der

Digitized by Google

von ihm gemieteten Wohnung gestört, er kann sich jedoch durch die Besitzstörungsklage nicht schützen, wenn er sich nicht in dem Besitze des Rechtes befindet, dem Beklagten eine derartige Störung zu untersagen (E. d. O. G. H. Nr. 10145).

Der Betrieb einer behördlich concessionierten Betriebsanlage und die damit verbundene Belästigung ist keine Besitzstörung, wenn nicht erwiesen wird, dass dem Belästigten aus einem besonderen privatrechtlichen Grunde das Recht zusteht, die Unterlassung dieser Belästigung zu fordern (E. d. O. G. H. Nr. 12136). Durch den Bergbau herbeigeführte Brüche sind keine Besitzstörung, weil die von dem Bergbauberechtigten in Ausübung seiner unbestrittenen Befugnis unternommenen Handlungen als eigenmächtige nicht angesehen werden können (E. d. O. G. H. Nr. 6187). Die Herrichtung einer Fensteröffnung in der eigenen Mauer begründet an sich noch nicht den Besitz des Rechtes auf Einströmen von Luft und Licht aus dem Raume oberhalb des Nachbargrundes. Dazu ist im Hinblick auf § 313 a. b. G. B. ein Verbot erforderlich, infolge dessen der Nachbar das zu thun unterlassen hat, was er sonst auf seinem Grunde zu thun befugt war (E. d. O. G. H. Nr. 13060).

Das Anbringen eines solchen Fensters in der eigenen Mauer ist keine Anmaßung einer Dienstbarkeit, da das Fensterrecht nach § 475 a. b. G. B. die Berechtigung in sich begreift, ein Fenster in der fremden Wand zu öffnen (E. d. O. G. H. Nr. 11921), da es sich daher um den Besitz eines Verbotsrechtes auf Seite des Klägers handelt, dessen Erwerbung nach § 313 a. b. G. B. nachzuweisen ist (E. d. O. G. H. Nr. 7554).

Die Annahme, dass eine Störung des Besitzes des Fahrrechtes stattgefunden habe, setzt den Beweis der Erwerbung des Besitzes auf Seite des Klägers voraus. Derselbe hat daher zu beweisen, dass er auf die im § 313 a. b. G. B. vorgeschriebene Art in den Besitz gekommen sei, dass er nämlich das Grundstück mit ausdrücklicher oder doch stillschweigender Einwilligung zur Fahrt benützt hat (E. d. O. G. H. Nr. 9383, 6842).

Aus dem Umstande des einmaligen unschädlichen Befahrens eines Weges und des nicht sofort dagegen erhobenen Widerspruches kann weder auf Seite des Klägers der Wille eines Rechtsbesitzes noch auf Seite des Beklagten die Duldung einer Rechtsausübung gefolgert werden, welche nur dann eintritt, wenn die Benützung des nachbarlichen Grundes als oder wie ein Recht gefordert wird (E. d. O. G. H. Nr. 4691).

3. Das eigenmächtige Zurückbehalten einer geliehenen gemeinschaftlichen Urkunde ist keine Besitzstörung,

Digitized by Google

weil zu jeder Besitzstörung ein positives Vorgehen erforderlich ist (E. d. O. G. H. Nr. 12043). Die eigenmächtige Entfernung der Handelsbücher aus dem Geschäftslocale der offenen Handelsgesellschaft durch einen der Gesellschafter ist keine Besitzstörung gegenüber einem andern Gesellschafter, weil sich nach dem Handelsgesetzbuche nur die Gesellschaft im Sachbesitze der Bücher befinden kann (E. d. O. G. H. Nr. 12305).

4. Der Kläger kann sich im Sinne der §§ 315, 320 a. b. G.-B. auf Besitzhandlungen seiner Besitzvorfahren nur dann berufen, wenn diese das Recht als ein mit dem Besitze des Gutes verbundenes, somit auch auf jeden Rechtsnachfolger übergehendes ausgeübt haben, so dass mit der Uebergabe des Gutes auch die Uebergabe dieses Rechtsbesitzes als im Sinne des § 315 a. b. G. B. erfolgt angenommen werden muss (E. d. O. G. H. Nr. 7271).

5. Entschädigungsansprüche können im Besitzstörungsverfahren nicht geltend gemacht werden, deren Regelung im Vergleiche über eine Besitzstörungsklage ist nicht ausgeschlossen. Der Vergleich auf einen Haupteid ist im Besitzstörungsverfahren zulässig, weil es den Parteien freisteht, sich über die Hauptsache zu vergleichen, wobei der § 457 Schlusssatz den verglichenen Haupteid, wie derselbe nach § 205 zulässig ist, keineswegs ausschließt (E. d. O. G. H. Nr. 5879).

§ 458. Der Richter kann während der Verhandlung die Anwendung einer oder mehrerer der im Gesetze über das Executions- und Sicherungsverfahren zugelassenen einstweiligen Vorkehrungen anordnen, sofern dies zur Abwendung der dringenden Gefahr widerrechtlicher Beschädigung, zur Verhütung von Gewaltthätigkeiten oder zur Hintanhaltung eines unwiederbringlichen Schadens nöthig erscheint. Die Erlassung einer derartigen Verfügung kann von der Leistung einer angemessenen Sicherstellung abhängig gemacht werden.

1. Die Anwendbarkeit von Sicherungsmaßregeln, zu denen Besitzstreitigkeiten Anlass geben können, wird, soweit es sich hiebei nur um privatrechtliche Rücksichten handelt, nach den Bestimmungen über das Executions- und Sicherungsverfahren zu beurtheilen sein. Es lässt sich aber nicht verkennen, dass manche Besonderheiten des Besitzstörungsverfahrens auf öffentlichen Rücksichten beruhen und es sich bei jenen Sicherungsmaßregeln zunächst vielfach um die Wahrung des öffentlichen Friedens handelt. Wenn es sich daher im Laufe des Verfahrens ergibt, dass der öffentliche Friede bedroht ist und Gewaltthätigkeiten zu besorgen sind, so müssen die hiernach nöthigen

Digitized by Google

unaufschiebbaren Sicherungsmaßregeln durch den Richter sofort getroffen werden. Wenn der Richter hiebei auch Functionen ausübt, die principiell den Verwaltungsbehörden zukommen, so kann er selbstverständlich doch nur solche Maßregeln anwenden, die innerhalb der richterlichen Machtsphäre liegen. Die Besonderheit des Falles kommt nur darin zum Ausdruck, dass die zulässigen Sicherungsmittel von amtswegen und ohne Rücksicht auf die Voraussetzungen anwendbar sein sollen, von welchen die Bewilligung eines derartigen, von einer Partei gestellten Begehrens abhängen würde. Die hierin liegende Erweiterung der Befugnis des Gerichtes kann daher auch nicht Anlass zur Befürchtung von Conflicten mit Verwaltungsbehörden geben, insoferne etwa letztere zur Wahrung des öffentlichen Friedens Vorkehrungen getroffen haben. Das Gericht wird sich die Grenzen seines Wirkungskreises, wenn es auch von amtswegen vorzugehen findet, so gegenwärtig halten müssen, als wenn es über den Antrag einer Partei zu entscheiden hätte, welche die Bewilligung eines Sicherungsmittels begehrt (Regierungsmotive, S. 298).

2. Die mittlerweiligen Vorkehrungen können nach § 382 E. O. in der gerichtlichen Hinterlegung oder Verwahrung, in der Verwaltung (Sequestration), in dem Gebote oder dem Verbote der Vornahme von Handlungen bestehen. Das im Sinne des § 458 erlassene einstweilige Verbot ist mit dem nach geschlossener Verhandlung gefällten Endbescheide keineswegs identisch. Das zuerst gedachte Verbot ist eine von dem Erfolge der Verhandlung ganz unabhängige richterliche Verfügung, deren Aufrechterhaltung dem Richter obliegt und deren Uebertretung den Gegenstand einer besonderen Verhandlung und einer selbständigen Entscheidung bildet und die ungehorsame Partei auch dann verantwortlich macht, wenn der Endbescheid zu ihrem Gunsten ergehen sollte (E. d. O. G. H. Nr. 13107).

Die Sicherstellung richtet sich nach den Vorschriften des § 56. Gegen einstweilige Vorkehrungen ist ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen, dieselben können erst in Verbindung mit dem Recurse gegen den Endbeschluss angefochten werden (§ 515). Der Richter erster Instanz hat zu bestimmen, ob dieselben während der Anhängigkeit des Recurses fortdauern sollen, sofern sie durch die Vollstreckung des Endbeschlusses nicht berührt werden (§ 525).

§ 459. Die Entscheidung hat sogleich nach geschlossener Verhandlung mittels Beschlusses (Endbeschluss) zu erfolgen und sich darauf zu beschränken, eine einstweilige Norm für den thatsächlichen Besitzstand aufzustellen oder provisorisch nach

Digitized by Google

dem Gesetze (§§ 340 bis 343 a. b. G. B.) eine Untersagung oder Sicherstellung auszusprechen. Die spätere gerichtliche Geltendmachung des Rechtes zum Besitze und der davon abhängigen Ansprüche wird dadurch nicht gehindert. In der Begründung des Beschlusses ist auch eine gedrängte Darstellung des Sachverhaltes zu geben. Die Frist zur Erfüllung der dem Verurtheilten auferlegten Verbindlichkeit hat der Richter nach den Umständen des einzelnen Falles zu bestimmen.

1. Das Begehren ist gerichtet auf Wiederherstellung des gestörten Zustandes, Untersagung weiterer Störung und bei Klagen wegen Besitzentsetzung auf Einräumung des entzogenen Besitzes. Die Entscheidung erfolgt nicht in Form eines Urtheiles, sondern mittels Endbeschlusses, der sogleich nach Schluss der Verhandlung zu verkünden ist und gleich dem Urtheile den Thatbestand — Darstellung des Sachverhaltes — enthalten muss.

Mit dem Endbeschlusse ist auch über die Processkosten zu entscheiden (§ 52). Schriftlich (§ 415) kann der Endbeschluss sohin nur dann gefällt werden, wenn die Verhandlung gemäß § 193 Abs. 3 vor Vollendung der Beweisaufnahme geschlossen wurde.

2. Die Rechtskraft des Endbeschlusses reicht nur soweit, als der durch die Besitzstörungsklage geltend gemachte Anspruch auf Besitzesschutz im Besitzstörungsverfahren nicht neuerlich geltend gemacht werden kann. Petitorische Klagen über das (stärkere) Recht zum Besitze, über Titel, Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes sowie die Entschädigungsansprüche aus der Besitzstörung sind im ordentlichen Rechtswege auszutragen. Klagen, welche dasselbe Object, jedoch neue Störungsfacta zum Gegenstande haben, sind als Anzeigen neuer Störungen desselben Besitzes zu behandeln und vor Beendigung der Verhandlung über die erste Klage mit dieser zu verbinden (E. d. O. G. H. Nr. 13230).

§ 460. Mit Ausnahme des Recurses sind alle anderen Rechtsmittel und insbesondere auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Verfahren über Besitzstörungsklagen ausgeschlossen.

1. Der Recurs ist nur zulässig gegen den Endbescheid und gegen die Verweigerung der Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens über die Klage (§ 518).

Beschwerden gegen alle anderen im Laufe des Verfahrens gefassten Beschlüsse sind mit dem gegen den Endbeschluss gerichteten Recurse zu verbinden, sofern gegen dieselben nach

Digitized by Google

den allgemeinen Vorschriften ein Rechtsmittel überhaupt zusteht. Recurse gegen Entscheidungen des Gerichtes zweiter Instanz, durch welche der angefochtene erstrichterliche Beschluss bestätigt wurde, sind vom Gerichte erster Instanz von amtswegen zurückzuweisen (§ 528).

Auch die Oppositionsklage gegen einstweilige Vorkehrungen erscheint ausgeschlossen (E. d. O. G. H. Nr. 6761), wohl aber dürfte die Nichtigkeitsklage (§ 529) zulässig sein.

2. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 146) ist ausgeschlossen auch wegen verstrichener Frist zum Recurse gegen den Endbeschluss (E. d. O. G. H. Nr. 11528), weil jedes andere Rechtsmittel, mit Ausnahme des Recurses, insbesondere aber das Rechtsmittel der Restitution unzulässig ist (E. d. O. G. H. Nr. 6844).

Nachtrag zu § 434.

Außer den sonst durch die gegenwärtige Geschäftsordnung oder durch andere Vorschriften zugelassenen mündlichen Anbringen in der Gerichtskanzlei können bei Bezirksgerichten in Civilprocesssachen in der Gerichtskanzlei (Kanzleiabtheilung) zu Protokoll genommen oder, soweit es zulässig ist, durch einen Registereintrag beurkundet werden:

1. mündlich angebrachte Klagen in Streitigkeiten nach § 49, Z. 1 (gewöhnliche Klagen), 2 (Vaterschaftsklagen) und 6 (aus dem Dienstverhältnisse) der J. N., mit Ausnahme der Klagen, die vor ein Gericht außerhalb des Wohnsitzes oder ständigen Aufenthaltes der armen Partei gehören, aber beim Bezirksgerichte ihres Wohnsitzes oder ständigen Aufenthaltes zu Protokoll erklärt werden (§ 64 C. P. O.);

2. mündlich angebrachte Aufkündigungen von Bestandverträgen (§ 560); die Beurkundung der Aufkündigung geschieht außerhalb der Landeshauptstädte lediglich durch Eintragung in das Kündigungsregister;

3. mündlich angebrachte Gesuche um Erlangung eines Zahlungsbefehles im Mahnverfahren und der gegen einen bedingten Zahlungsbefehl mündlich erhobene Widerspruch (§ 229, Z. 7);

4. Anträge, die zufolge der §§ 60, Abs. 2 und 3, 62 Abs. 1, 65, 82, 95, 97, 116, 119, 121, 169, 261, Abs. 4, 279 und 334 C. P. O. außerhalb der mündlichen Verhandlung zu Protokoll angebracht werden;

Digitized by Google

5. die mündlich erstattete Anzeige des vereinbarten Ruhen des Verfahrens, wenn beide Parteien dazu erscheinen (§ 168 C. P. O.) und die außerhalb der mündlichen Verhandlung zu Protokoll erklärte Zurücknahme der Klage (§ 237 C. P. O.);

Parteien, welche durch Advocaten vertreten sind und deshalb durch § 434 C. P. O. vom Anbringen zu Protokoll überhaupt ausgeschlossen sind, können die unter Z. 1 bis 5 genannten Erklärungen auch nicht in der Gerichtskanzlei zu Protokoll geben (§ 319 Gesch.-O.).

Im bezirksgerichtlichen Verfahren sind die Beitrittserklärungen des Nebenintervenienten, die Streitverkündigung, Auctorsbenennung und die Anzeige des Widerrufens oder der Kündigung einer Vollmacht, soweit sie überhaupt zu Protokoll angebracht werden können (§ 434 C. P. O.) nicht vom Richter, sondern in der Gerichtskanzlei zu Protokoll zu nehmen (§ 131 Gesch.-O.).

Digitized by Google

Civilprocessordnung.

Vierter Theil.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vierter Theil.

Rechtsmittel.

Erster Abschnitt: **Berufung.**

Zulässigkeit.

§ 461. Gegen die in erster Instanz gefällten Urtheile findet die Berufung statt.

1. Die Berufung ist das Rechtsmittel zweiter Instanz gegen Urtheile der Bezirksgerichte und Gerichtshöfe als Processgerichte erster Instanz. Mit Ausnahme des Recurses gegen die in einem Urtheile des Processgerichtes erster Instanz enthaltene Entscheidung über den Kostenpunkt (§ 55) gibt es kein anderes Rechtsmittel als die Berufung gegen die in erster Instanz gefällten Urtheile, und zwar sowohl gegen Endurtheile (§ 390), als auch gegen Theilurtheile (§§ 391, 394, 395), Zwischenurtheile (§ 393), Ergänzungsurtheile (§ 423), Urtheile auf Grund von Verzicht (§ 394), Anerkenntnis (§ 395) und in Versäumnisfällen (§§ 396, 398, 399). Gegen Bagatellurtheile (§ 501) und gegen Urtheile der Gewerbegerichte bis zum Betrage von 50 fl. ist die Berufung nur wegen der im § 477, 1—7 aufgezählten Nichtigkeiten zulässig. Der Endbeschluss im Besitzstörungsverfahren kann nur mit Recurs angefochten werden (§ 460).

Der Rechtszug gegen Urtheile der Bezirksgerichte geht in zweiter Instanz an die Gerichtshöfe erster Instanz (§ 3 J. N.), gegen die in erster Instanz von den Gerichtshöfen gefällten Urtheile an die Oberlandesgerichte (§ 4 J. N.).

Die Berufung gegen Urtheile der Gewerbegerichte geht an den Gerichtshof erster Instanz, in dessen Sprengel das Gewerbegericht seinen Sitz hat (§ 30, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 218 R.-G.-Bl.).

Digitized by Google

2. Die Berufung des Entwurfes unterscheidet sich von dem gleichnamigen Rechtsmittel vieler anderer neuerer Processgesetze dadurch, dass sie nicht völlige Neuverhandlung und Neuentscheidung des Rechtsstreites, soweit die erstrichterliche Sentenz angefochten ist, bewirkt, sondern im wesentlichen nur Nachprüfung und Berichtigung des in Beschwerde gezogenen Erkenntnisses, eine auf die Kritik des unterrichterlichen Verfahrens und Urtheiles beschränkte Entscheidung des höheren Richters gewährt (Regierungsmotive, S. 298). Der Process kommt nicht zur neuerlichen Verhandlung, sondern verhandelt wird nur über die Stichhältigkeit der Berufungsgründe.

Doch soll die Berufung keineswegs nur eine Nichtigkeitsbeschwerde oder eine reine revisio in jure sein, so wenig wie z. B. das Berufungsverfahren in Uebertretungsfällen, welches etwa annähernd ein Bild von dem geben kann, wie das Berufungsverfahren des Entwurfes sich gestalten soll. Alle Seiten des Verfahrens und des Urtheiles sind der Prüfung unterworfen. Das erstrichterliche Urtheil wird in der Regel wegen unrichtiger Rechtsanwendung, insbesondere wegen unrichtiger Subsumption der Thatsachen unter das Gesetz angefochten werden; es wird sich bei der Beschwerdeführung viel seltener um reine Bestreitung der Thatsachen, um unrichtige Beweiswertung, als um die Zweifelhaftigkeit der rechtlichen Natur des Sachverhaltes oder seiner Bestandtheile handeln. Aber auch ein Irrthum des erstrichterlichen Urtheiles bei Feststellung des thatsächlichen Ergebnisses der Verhandlung und Beweisführung oder hiebei unterlaufene Unvollständigkeiten oder Versehen (es wurde z. B. vom ersten Richter dem Urtheile eine thatsächliche Voraussetzung zu Grunde gelegt, welche mit den zu berücksichtigenden Processacten im Widerspruche steht), ferner eine unrichtige Beweiswürdigung werden durch das Obergericht corrigiert werden können, ebenso ein Uebergehen von Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln, sei es bei der Sachverhaltsermittlung, sei es bei der eigentlichen Urtheilsschöpfung, kurz die Berufung und das Berufungsverfahren sollen keinem Beschwerdegrunde principiell verschlossen sein, es kann sowohl die Prüfung der thatsächlichen, wie der rechtlichen Seite des Processes begehrt werden. Und nicht minder zahlreich als die Berufungsgründe sind die Controlmittel des Berufungsgerichtes. Insbesondere kann dasselbe, soweit es behufs Kritisierung des erstrichterlichen Verfahrens und Urtheiles erforderlich ist, die zur Unterstützung oder Bekämpfung der Berufungsgründe neu vorgebrachten Beweise aufnehmen, bereits in erster Instanz erfolgte Beweisaufnahmen wiederholen oder ergänzen und im erstrichterlichen Verfahren von den Parteien erfolglos angebotene Beweise nachträglich aufnehmen.

Digitized by Google

Es ist somit das Berufungsgericht nicht einmal darauf beschränkt, bei seiner Entscheidung nur diejenigen Erkenntnisquellen zu benützen, aus denen der erste Richter geschöpft hat; es genügt, dass diese Erkenntnisquellen dem ersten Richter zu Gebote standen. Zusammengenommen mit der Einrichtung einer contradictorischen mündlichen Berufungsverhandlung erscheint hierdurch trotz des Ausschlusses eigentlicher Neuerungen (§ 482) eine genügende Freiheit der Stellung des Berufungsgerichtes und eine genügend tief eindringende Prüfung verbürgt (Regierungsmotive, S. 300, 301).

3. Zulässig ist die Berufung nur gegen den dispositiven Theil des Urtheiles, nicht gegen die Gründe desselben. Gegen ein Urtheil, welches den Anträgen des Berufenden vollständig stattgibt, kann Berufung mit Erfolg nicht eingelegt werden. Die Entscheidung über die Compensationseinrede gehört zum dispositiven Theile des Urtheiles, wenn sie auch im Urtheilsspruche keinen Ausdruck findet. Der Beklagte kann sich gegen ein die Klage abweisendes Urtheil berufen, wenn die Klage ohne Feststellung des Bestandes der eingeklagten Forderung auf Grund der eventuell eingewendeten Gegenforderung abgewiesen worden ist. Gegen ein Versäumnisurtheil kann die Berufung von der sachfälligen ausgebliebenen Partei sowohl wegen Nichtigkeitsgründen und Verfahrensmängeln einschließlich der mangelnden Voraussetzungen einer Säumnis, als auch wegen mangelnder Schlüssigkeit der Entscheidung, von der sachfälligen erschienenen Partei wegen der materiellen Unrichtigkeit des Urtheiles ergriffen werden.

4. Die Berufung steht der ganz oder theilweise sachfälligen Partei, und zwar jedem Streitgenossen für sich, dem Nebenintervenienten im Falle des § 20 unbedingt, sonst nur dann zu, wenn er dadurch mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei nicht in Widerspruch tritt, wozu die bloße Unterlassung der Einlegung des Rechtsmittels seitens der Hauptpartei nicht zu rechnen ist. Bei einer nothwendigen Streitgenossenschaft erstreckt sich der Erfolg der Berufung auf alle Streitgenossen, auch wenn der Berufungsantrag nicht zu Gunsten aller gestellt worden ist. Die einem Advocaten ertheilte Processvollmacht ermächtigt zur Einbringung der Berufung (§ 31).

§ 462. Das Berufungsgericht überprüft die Entscheidung des Gerichtes erster Instanz innerhalb der Grenzen der Berufungsanträge.

Der Beurtheilung des Berufungsgerichtes unterliegen jedoch gleichzeitig auch diejenigen Beschlüsse, welche in dem dem Urtheile vorausgegangenen Verfahren erlassen wurden, sofern nicht

Digitized by Google

deren Anfechtung nach dem Gesetze ausgeschlossen ist oder dieselben infolge Unterlassung der rechtzeitigen Rüge (§ 196), des Recurses oder durch die über den eingebrachten Recurs ergangene Entscheidung unabänderlich geworden sind.

1. Die Berufungsanträge (§ 467) haben sich an das Urtheil erster Instanz anzuschließen und können den vom Urtheile umfassten Rechtsstoff bis zum Umfange und Bereiche der Klageanträge umfassen. Durch dieselben kann entweder die meritorische Abänderung oder die Aufhebung des erstrichterlichen Urtheiles angestrebt, sohin das Urtheil auch wegen Nichtigkeit angefochten werden. Ein neuer Anspruch oder eine neue Einrede dürfen nicht erhoben werden (§ 482). Eine Aenderung der Klage ist selbst mit Einwilligung des Gegners unzulässig (§ 483). Insbesondere ist es auch unzulässig, im Berufungsverfahren eine Widerklage (§ 96 J. N.) oder einen Zwischenantrag auf Feststellung (§§ 236, 259) zu erheben.

Eine Aenderung der Berufungsanträge oder Berufungsgründe in der mündlichen Berufungsverhandlung ist nur mit Zustimmung des Berufungsgegners zulässig (§ 483). Thatumstände und Beweise, die nach Inhalt der erstrichterlichen Processacten und des Urtheilsthatbestandes in der ersten Instanz nicht vorgekommen sind, dürfen von den Parteien im Berufungsverfahren nur zur Darthuung oder Widerlegung der geltend gemachten Berufungsgründe vorgebracht werden (§ 482). Hieher gehört insbesondere der Fall, wenn als Berufungsgrund eine vorgekommene Nichtigkeit oder ein Verfahrensmangel angeführt wird. Zur Darthuung oder Widerlegung der bezüglichen Behauptungen müssen der Natur der Sache nach in erster Instanz nicht vorgebrachte Thatsachen und Beweise zugelassen werden.

Dagegen wäre es unzulässig, bezüglich der Hauptsache ein neues thatsächliches Vorbringen auf dem Umwege der Substantiierung der Berufungsgründe gestatten zu wollen (Schuster von Bonnott, S. 471).

2. Ueber das aus den Berufungsanträgen ersichtliche Begehren darf nicht hinausgegangen werden und eine reformatio in pejus ist unzulässig.

Unverzichtbare Nichtigkeitsgründe (§ 477) hat das Berufungsgericht auch dann zu berücksichtigen, wenn sie von den Parteien nicht geltend gemacht wurden (§§ 471, 494). Die Ansicht Schauers (S. 542, 564), dass nur der angefochtene Theil des Urtheiles aufzuheben sei, die sich wohl auf § 497 stützt, dürfte nicht richtig sein, da letzterer Paragraph von Abänderung des Urtheiles spricht und sich ausdrücklich auf

Digitized by Google

§ 494 beruft, da die Aufhebung nicht nur das Urtheil sondern auch das nichtige Verfahren umfasst und es wohl undurchführbar sein dürfte, das Verfahren z B. wegen Einlegung der Protokolle (§ 477, Z. 8) nur theilweise aufzuheben. Nur eine reformatio in pejus wird auch bei Nichtigkeitsgründen ausgeschlossen sein.

An die von der Partei geltend gemachten rechtlichen Gesichtspunkte ist auch das Berufungsgericht nicht gebunden.

3. Die Bestimmung des § 462, Abs. 2 bezweckt die Concentration der Berufung. Nur gegen Urtheile, das ist Entscheidungen, wodurch der Streit selbst gänzlich oder in einem Theile oder bezüglich eines präjudiciellen Streitpunktes für die Instanz seine Erledigung findet, ist selbständige Berufung zulässig. Alle diesem Urtheile vorausgegangenen Entscheidungen und Verfügungen, welche zu seiner Vorbereitung im Laufe des Verfahrens erflossen sind, können, soweit nicht das Gesetz gegenüber solchen Beschlüssen und Bescheiden überhaupt jedes Rechtsmittel versagt oder die Anfechtung auf den Weg des Recurses verweist, lediglich in Verbindung mit der Berufung gegen das Urtheil bekämpft werden. Die Beurtheilung der erwähnten Beschlüsse und Bescheide durch das Berufungsgericht ist aber nicht davon abhängig, dass gegen dieselben eine besondere Beschwerde der berufenden Partei erhoben würde.

Der Devolutiveffect der Berufung erheischt, dass das Berufungsgericht innerhalb der Berufungsanträge von amtswegen auch jene vorausgegangenen Entscheidungen und Verfügungen überprüfe, welche auf das der Berufung unterzogene Urtheil von Einfluss waren (Regierungsmotive, S. 301). Ueber die nicht mittels abgesonderten Recurses anfechtbaren Beschlüsse (§ 515) ist sonach ohne besondere Beschwerde innerhalb der Grenzen der Berufungsanträge zu entscheiden.

Allgemeine Bestimmungen über das Berufungsverfahren.

§ 463. Auf das Berufungsverfahren sind die Vorschriften über das Verfahren vor Gerichtshöfen erster Instanz insoweit anzuwenden, als sich nicht aus den nachfolgenden Bestimmungen Abweichungen ergeben.

Im Berufungsverfahren müssen die Parteien durch Advocaten vertreten sein.

Im Instanzenzuge entfällt das vorbereitende Verfahren und das Versäumnisverfahren. Der Anwaltszwang (§ 27) gilt im Berufungsverfahren mit den bei § 27 aufgezählten Ausnahmen. Auch findet im Berufungsverfahren die subjective Befreiung der Advocaten, Notare und Richter (§ 28) statt. Die Berufungs

Digitized by Google

schrift muss, wenn sie nicht zu Protokoll gegeben ist, von einem Advocaten unterschrieben sein (§ 467), desgleichen die Berufungsbeantwortung (§ 468). An Orten, in welchen nicht wenigstens zwei Advocaten ihren Sitz haben, können die Berufungsschriften und Berufungsbeantwortungen (§ 468) durch entsprechende Erklärungen zu gerichtlichem Protokolle ersetzt werden, die der Mitwirkung eines Advocaten nicht bedürfen (§ 465).

Wenn eine arme Partei gegen das Urtheil eines Bezirksgerichtes Berufung erheben will, zur Vertretung dieser Partei aber noch kein Advocat bestellt ist und ihre Berufung gemäß § 465, Abs. 2 nicht zu gerichtlichem Protokolle erklärt werden kann, weil am Orte des Processgerichtes zwei oder mehr Advocaten ihren Sitz haben, so hat das Processgericht auf Antrag oder von amtswegen einen Beamten der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes mit der Abfassung der Berufungsschrift und deren rechtzeitiger Ueberreichung zu betrauen. Die Unterfertigung der Berufungsschrift durch diesen Beamten ersetzt die Unterschrift eines Advocaten (§ 89 Ges. v. 27. Novemb. 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.).

Im Berufungsverfahren gegen Urtheile der Gewerbegerichte findet Anwaltszwang nicht statt (§ 31, Ges. v. 27. Novbr. 1896, Nr. 218 R.-G.-Bl.).

Berufungsfrist.

§ 464. Die Berufungsfrist beträgt vierzehn Tage, sie kann nicht verlängert werden.

Sie beginnt für jede Partei mit der an sie erfolgten Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Urtheiles, in Bagatellsachen aber mit der Verkündung des Urtheiles, wenn beide Parteien anwesend waren.

1. Im Verfahren in Wechselstreitigkeiten (§ 555) und im Verfahren bei Streitigkeiten aus dem Bestandvertrage (§ 575) beträgt die Berufungsfrist acht Tage.

Die Frist ist eine Tagesfrist und es wird der Tag nicht mitgerechnet, an welchem das Urtheil zugestellt wurde (§ 125). Als Nothfrist kann sie nicht erstreckt werden (§ 128), sie wird durch die Gerichtsferien (§ 225) und durch das Ruhen des Verfahrens (§ 168) nicht gehemmt, wohl aber durch eine Unterbrechung des Verfahrens (§ 163). Fällt das Ende der Frist auf einen Sonn- oder Feiertag, so ist der nächste Werktag als letzter Tag der Frist anzusehen (§ 126).

Desgleichen werden die Tage des Postenlaufes in die Frist nicht eingerechnet; die Erhebung der Berufung kann auch

Digitized by Google

telegraphisch geschehen (§ 89, Ges. vom 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.). Läuft die den einzelnen Streitgenossen zur Erhebung der Berufung zustehende Frist zu verschiedenen Zeiten ab, so kann die Berufung von allen Streitgenossen so lange erhoben werden, als noch einem derselben die Frist offen steht (§ 127). Dem Nebenintervenienten, dem eine Urtheilsausfertigung nicht zugestellt wird, läuft die Frist vom Tage der Zustellung an seine Hauptpartei.

2. Bei Theilurtheilen (§ 392) und Ergänzungsurtheilen (§ 424) läuft eine besondere Frist für jedes Theilurtheil, beziehungsweise für das ergänzte und für das Ergänzungsurtheil. Die Frist ist nicht eine beiden Parteien gemeinschaftliche, so dass, wenn die Zustellung an die eine Partei später erfolgt, die Berufungsfrist für die andere Partei erst von letzterem Zeitpunkte an zu laufen beginnen würde. Die Frist beginnt vielmehr nur derjenigen Partei gegenüber, welcher zugestellt ist (Regierungsmotive, S. 305).

Im Bagatellverfahren beginnt die Frist nur dann mit der Verkündung des Urtheiles, wenn beide Parteien anwesend waren, eine Zustellung der schriftlichen Ausfertigung daher entfällt (§ 452). Muss das Urtheil zugestellt werden, weil auch nur eine der Parteien bei der Verkündung nicht anwesend war, so beginnt für beide Parteien die Berufungsfrist mit der Zustellung.

Die Erhebung der Berufung vor Zustellung der Urtheilsausfertigung ist nicht unzulässig, nur muss sie auf die im § 465 vorgeschriebene Art erfolgen.

Gegen die Versäumung der Frist ist lediglich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Maßgabe der §§ 146—154 zulässig. Im Verfahren in Wechselsachen ist nach § 556 die Wiedereinsetzung zum Nachtheile einer gutgläubigen Partei unzulässig, wenn diese Partei in der Zwischenzeit ihre wechselmäßigen Ansprüche an Dritte durch Ablauf der Zeit ganz oder zum Theile verloren hat oder wegen Kürze der noch übrigen Zeit nicht mehr geltend machen kann.

Verspätet erhobene Berufungen sind vom Processgerichte erster Instanz zurückzuweisen (§ 468).

Erhebung der Berufung.

§ 465. Die Berufung wird durch Ueberreichung eines vorbereitenden Schriftsatzes (Berufungsschrift) bei dem Processgerichte erster Instanz erhoben.

An Orten, in welchen nicht wenigstens zwei Advocaten ihren Sitz haben, können die Berufungsschriften durch ent-

sprechende Erklärungen zu gerichtlichem Protokolle ersetzt werden, die der Mitwirkung eines Advocaten nicht bedürfen.

Der Richter, welcher das Protokoll aufnimmt, hat die Partei zur genauen Angabe der Berufungsgründe, zur Stellung eines bestimmten Berufungsantrages, sowie zur Angabe der für die Berufungsgründe neu vorzubringenden Umstände und Beweise besonders aufzufordern und über die Rechtsfolgen der Unterlassung dieser Angaben zu belehren.

Die Bestimmungen des Gesetzes über die Berufungsschrift sind auch auf die Protokollarerklärungen zu beziehen, welche die Berufungsschrift ersetzen.

1. Wenn am Orte des Processgerichtes zwei oder mehrere Advocaten ihren Sitz haben, so ist für die arme Partei, welche gegen das Urtheil des Bezirksgerichtes Berufung erheben will, falls zu ihrer Vertretung noch kein Advocat bestellt ist, auf Antrag oder von amtswegen ein Beamter der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes mit der Abfassung der Berufungsschrift und deren rechtzeitiger Ueberreichung zu betrauen (§ 90, Ges. vom 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.).

Die Berufungsschrift ist ein vorbereitender Schriftsatz, auf den daher alle für Schriftsätze im allgemeinen und für vorbereitende Schriftsätze insbesondere geltenden Vorschriften (§§ 74 bis 86) Anwendung finden.

Die Beseitigung der Formgebrechen von Schriftsätzen, die zur Vorlage an ein übergeordnetes Gericht bestimmt sind (z. B. einer Berufungsschrift, die ohne Unterschrift eines Advocaten überreicht wurde) ist nicht dem Verfahren vor dem übergeordneten Gerichte vorzubehalten, sondern sogleich vom Gerichte erster Instanz zu veranlassen (§ 89 Gesch.-Ordn.).

Ob im Falle fruchtlosen Ablaufes der zur Behebung bestimmten Frist die Berufungsschrift als zu einer gerichtlichen Verfügung nicht geeignet zurückzustellen oder vorzulegen ist, hängt davon ab, ob es sich um eine dem Berufungsgerichte zur Entscheidung vorbehaltene Formvorschrift (§ 471) oder um eine solche Formverletzung handelt, welche die ordnungsmäßige geschäftliche Behandlung in erster Instanz (Anzahl der Schriftsatzexemplare, Beilagen, Mangel der rechtsfreundlichen Fertigung) unmöglich macht.

Bei der nothwendigen Streitgenossenschaft (§ 14) auf Seite der Gegner des Berufungswerbers muss die Berufung gegen sämmtliche Streitgenossen eingebracht, daher in so viel Ausfertigungen überreicht werden, dass jedem Streitgenossen ein Exemplar zugestellt und eines für die Acten zurückbehalten

Digitized by Google

werden kann (§ 80), falls die Streitgenossen nicht einen gemeinsamen Vertreter haben (§ 90).

Bei einer nothwendigen Streitgenossenschaft auf Seite der Berufungswerber kann jeder einzelne der Streitgenossen mit Rechtswirkung für die übrigen Berufung einlegen, er muss aber die zur Verständigung seiner Genossen erforderlichen Rubriken beilegen (§ 80). Bei der gewöhnlichen Streitgenossenschaft (§ 11) dagegen kann die Berufung von jedem der activen Streitgenossen für sich und gegen jeden der passiven Streitgenossen ohne Rechtswirkung für die übrigen eingebracht werden (§ 13), es muss aber in der Berufungsschrift ausdrücklich erklärt werden, von wem oder gegen wen die Berufung ergriffen wird.

2. Fehlt der Berufungsantrag oder ist er nicht bestimmt, sind die Berufungsgründe weder ausdrücklich noch durch deutliche Hinweisung einzeln angeführt, so wird die Berufung vom Berufungsgerichte verworfen (§ 474); auf die für die Berufungsgründe neu vorzubringenden Umstände und Beweise darf nur dann Rücksicht genommen werden, wenn sie vorher im Wege der Berufungsschrift dem Gegner mitgetheilt wurden. Das sind die Rechtsfolgen, über welche die Partei bei der protokollarischen Aufnahme der Berufung zu belehren ist.

§ 466. Durch die rechtzeitige Erhebung der Berufung wird der Eintritt der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urtheiles im Umfange der Berufungsanträge bis zur Erledigung des Rechtsmittels gehemmt.

Nur die rechtzeitige (§ 464) Berufung hat Suspensiveffect. Der Umfang der Hemmung deckt sich mit dem Berufungsantrage (§ 467). Bezüglich der unangefochten gebliebenen Theile des Urtheiles tritt Rechtskraft und Vollstreckbarkeit ein. Das Berufungsgericht hat auf Antrag noch vor der Entscheidung über die Berufung durch Beschluss auszusprechen, inwieweit das Urtheil erster Instanz zur Execution geeignet ist (§ 490).

Auf Grund von Endurtheilen kann jedoch bei Anerkenntnisurtheilen unbedingt, bei anderen Urtheilen gegen Glaubhaftmachung einer Gefahr zur Sicherung von Geldforderungen die Execution zur Sicherstellung auf Antrag bewilligt werden (§§ 370, 371 E. O.), während außerdem einstweilige Verfügungen (§§ 378 ff. E. O.) fortbestehen oder bewilligt werden können.

§ 467. Die Berufungsschrift muss nebst den allgemeinen Erfordernissen eines vorbereitenden Schriftsatzes enthalten:

1. die Bezeichnung des Berufungsgerichtes;

Digitized by Google

2. die Bezeichnung des Urtheiles, gegen welches Berufung erhoben wird;

3. die bestimmte Erklärung, inwieweit das Urtheil angefochten wird, die ebenso bestimmte kurze Bezeichnung der Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe), und die Erklärung, ob die Aufhebung oder eine Abänderung des Urtheiles, und welche beantragt werde (Berufungsantrag);

4. das thatsächliche Vorbringen und die Beweismittel, durch welche die Wahrheit der Berufungsgründe erwiesen werden kann;

5. sofern der Berufungsantrag nicht zu Protokoll gegeben ist (§ 465, Abs. 2), die Unterschrift eines Advocaten.

1. Die allgemeinen Erfordernisse eines vorbereitenden Schriftsatzes sind in den §§ 75—78 angeführt. Die Einhaltung der Vorschriften des § 467 ist imperativ vorgeschrieben. Gleich der ersten Instanz die Prüfung der Zulässigkeit und Formrichtigkeit der eingelegten Berufung zu übertragen, erscheint nicht empfehlenswert (Regierungsmotive, S. 305). Fehlt es an den Bestandtheilen der Ziffern 2, 3, so ist die Berufung vom Berufungsgerichte zu verwerfen (§ 474), ist das Berufungsgericht falsch bezeichnet, so wird die Berufung vom Berufungsgerichte an das zuständige Gericht abgegeben (§ 474). Fehlt es an dem thatsächlichen Vorbringen und den Beweismitteln, so werden solche bei der Berufungsverhandlung nicht berücksichtigt (§ 482).

2. Die Bezeichnung des Berufungsgerichtes hat nach Vorschrift der §§ 3, 4 J. N. zu erfolgen. Bei mangelhafter Bezeichnung wird nach § 84 die Abstellung zu versuchen sein, ohne dass das Processgericht erster Instanz berechtigt wäre, die Berufung wegen nicht rechtzeitiger Behebung der fehlerhaften Bezeichnung zurückzustellen. Es wird vielmehr die Berufung unter Bekanntgabe des vom Berufungswerber bezeichneten Berufungsgerichtes (§ 468) dem Gegner zuzustellen und seinerzeit diesem Berufungsgerichte vorzulegen sein. Das Urtheil ist so zu bezeichnen, dass ein Zweifel nicht entstehen kann.

3. Der Berufungsantrag ist die Grundlage der Berufungsentscheidung. Er kann auf Abänderung oder auf Aufhebung des Urtheiles als nichtig oder mangelhaft (§§ 477, 496, 497) gerichtet sein. Aus dem Berufungsantrage wird sich auch ergeben, ob das ganze Urtheil oder nur ein Theil desselben angefochten wird.

Die Berufungsgründe, welche ausdrücklich und einzeln angeführt werden sollen (§ 471), müssen erkennen lassen, ob

Digitized by Google

der Berufungsantrag auf thatsächliche oder rechtliche Erwägungen gestützt wird, doch dürfen Rechtsausführungen und Darlegungen über Thatsachen und Beweise in der Berufungsschrift nur dann aufgenommen werden, wenn die Parteien auf die Anordnung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung verzichten (§ 492).

Verzichtet nur eine Partei, so ist wohl die mündliche Verhandlung anzuordnen, es wird jedoch der verzichtenden Partei ohne Kostenfolgen (§ 41, Anm. 2) das Vorbringen von Rechtsausführungen und Beweisdeductionen in angemessener Kürze gestattet sein müssen, wenn sie zur Berufungsverhandlung nicht erscheint (§ 492).

Die Anführung der einzelnen Thatsachen und der Beweismittel, durch welche das Vorhandensein der Berufungsgründe dargethan werden will, ist nur dann erforderlich, wenn sie nach Inhalt der Processacten und des Urtheilsthatbestandes in erster Instanz nicht vorgekommen sind (§ 482), sonst sind sie in der Berufungsverhandlung zu erörtern.

Um Vertagungen selten zu machen, glaubt der Entwurf vor allem — wie für das erstinstanzliche Verfahren — eine entsprechende Vorbereitung der Verhandlung in Bezug auf das für dieselbe bestimmte thatsächliche und Beweisvorbringen fordern zu sollen. Der Berufungskläger muss die Gegner durch eine entsprechende Mittheilung in der Berufungsschrift (§ 467, Z. 4) in die Lage setzen, sich noch vor der Verhandlung über die Richtigkeit und die eventuellen Gegenbeweise zu informieren, und auch der Berufungsbeklagte kann sich ohne solche vorgängige Mittheilung bei der Verhandlung zur Widerlegung der Anfechtungsgründe weder neuer Behauptungen noch neuer Beweise bedienen (§ 468, Abs. 2). Durch § 482 wird alles nicht rechtzeitig mitgetheilte neue Vorbringen von der Verhandlung ausgeschlossen (Regierungsmotive, S. 306).

4. Die Unterschrift eines Advocaten auf der Berufungsschrift entfällt, wenn für die arme Partei gemäß § 90, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl. ein Beamter der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes mit der Abfassung der Berufungsschrift betraut wurde. Berufungsschriften, welche nicht von einem Advocaten unterschrieben sind, hat der Vorsitzende des Senates des Processgerichtes erster Instanz (Einzelrichter) unter Festsetzung einer unerstreckbaren Frist zur rechtsfreundlichen Fertigung zurückzustellen (§ 85).

§ 468. Im Falle rechtzeitiger Erhebung der Berufung wird die Berufungsschrift oder eine Abschrift des sie ersetzenden

Digitized by Google

Protokolles dem Gegner des Berufungswerbers unter Bekanntgabe des Berufungsgerichtes zugestellt. Verspätet erhobene Berufungen sind vom Processgerichte erster Instanz zurückzuweisen.

Will der Gegner des Berufungswerbers (Berufungsgegner) im Berufungsverfahren zur Widerlegung der in der Berufungsschrift angegebenen Anfechtungsgründe neue, im bisherigen Verfahren noch nicht vorgebrachte Umstände und Beweise benützen, so hat er das bezügliche thatsächliche und Beweisvorbringen bei sonstigem Ausschlusse innerhalb der Nothfrist von vierzehn Tagen nach Empfang der Berufungsschrift dem Processgerichte mittels vorbereitenden Schriftsatzes oder unter der Voraussetzung des § 465, Ab . 2, durch Erklärung zu gerichtlichem Protokoll bekanntzugeben.

1. Der Vorsitzende des Senates des Processgerichtes erster Instanz (Einzelrichter) hat die Berufungsschrift in formeller Beziehung zu prüfen und die zur Behebung von Formmängeln erforderlichen Verfügungen zu treffen (§§ 84, 85).

Im Falle rechtzeitiger (§ 464) und formell ordnungsmäßiger Berufung hat der Vorsitzende des Senates (§ 37, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.) den Auftrag zur Zustellung der Berufungsschrift an den Gegner zu ertheilen. Die Zurückweisung verspätet erhobener Berufungen hat jedoch durch den Senat und nicht durch den Vorsitzenden zu erfolgen. Gegen die Zurückweisung ist der Recurs zulässig.

2. Die Erstattung einer Berufungsbeantwortung soll ebenso facultativ sein, wie nach geltendem Rechte die Erstattung einer Appellationseinrede (Regierungsmotive, S. 302). Sie ist bei sonstigem Ausschlusse erforderlich, wenn zur Bekämpfung der Berufungsgründe neue Umstände und Beweise benützt werden wollen. Thatumstände und Beweise, die in erster Instanz nicht vorgekommen sind, dürfen auch in der Berufungsbeantwortung nur zur Widerlegung der Berufungsgründe vorgebracht werden (§ 482). Rechtsausführungen und Darlegungen über Thatsachen und Beweise dürfen in die Berufungsbeantwortung nur dann aufgenommen werden, wenn der Berufungsgegner auf die Anordnung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung verzichtet (§ 492).

3. Die Berufungsbeantwortung muss von einem Advocaten gefertigt sein (§ 75), wenn sie nicht zu Protokoll gegeben wurde. Die Abfassung einer schriftlichen Berufungsbeantwortung für die arme, noch nicht durch einen Advocaten vertretene Partei durch einen hiezu bestellten Beamten der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes findet nicht statt. Als vorbereitender

Digitized by Google

Schriftsatz hat sich die Berufungsbeantwortung nach den Vorschriften der §§ 75—78 zu richten und nachdem dieselbe dem Berufungswerber zuzustellen ist, muss sie in so viel Exemplaren überreicht werden, dass jedem der Gegner eine Ausfertigung zugestellt und überdies eine für die Gerichtsacten zurückbehalten werden kann (§ 80).

Die Nothfrist von 14 Tagen gilt auch für das Verfahren in Wechselsachen (§ 555) und in Streitigkeiten aus dem Bestandvertrage (§ 575). So lange einem der Streitgenossen die Frist offen steht, kann die Processhandlung von allen Streitgenossen vorgenommen werden (§ 127). Dem Nebenintervenienten läuft die Frist gleichzeitig mit seiner Hauptpartei ab, auch wenn die Zustellung der Rubrik (§ 80) an ihn später erfolgt wäre (§ 19, Anm. 1).

§ 469. Nach rechtzeitigem Einlangen der im § 468, Abs. 2, erwähnten Mittheilung oder nach fruchtlosem Ablauf der hiefür offenstehenden Frist legt das Processgericht erster Instanz dem Berufungsgerichte die Berufungsschrift und die etwa eingelangte Mittheilung des Berufungsgegners oder die bezüglichen Protokolle mit allen den Rechtsstreit betreffenden Processacten, und insbesondere mit den Ausweisen über die Zustellung des Urtheiles und der Berufungsschrift vor.

Wurde der Rechtsstreit durch das angefochtene Urtheil nicht vollständig erledigt und soll die Verhandlung über die noch unerledigten Punkte während des Berufungsverfahrens fortgesetzt werden, so sind dem Berufungsgerichte amtliche Abschriften der auf den Gegenstand des Berufungsverfahrens bezüglichen Theile derjenigen Processacten vorzulegen, welche zugleich für das Verfahren in erster Instanz benöthigt werden.

1. Der Richter (Vorsitzende des Senates) hat die Berufungsbeantwortung in formeller Beziehung zu prüfen, die Abstellung von Formmängeln zu veranlassen (§§ 84, 85) und die formell ordnungsmäßige Berufungsbeantwortung, auch wenn sie verspätet eingebracht worden wäre, dem Berufungswerber zuzustellen.

Der Auftrag zur Zustellung der Berufungsbeantwortung an den Berufungswerber und die Vorlage von Berufungen an die Rechtsmittelinstanz hat durch den Vorsitzenden des Senates ohne vorherige Beschlussfassung des Senates zu erfolgen (§ 37, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.). Verspätete Berufungsbeantwortungen sowie anderweitige Schriftsätze (§ 492) werden auf gleiche Weise dem Berufungsgerichte vorzulegen sein.

Digitized by Google

2. Ist das angefochtene Urtheil ein Theilurtheil (§§ 391, 394, 395), ein Zwischenurtheil (§ 393), oder wird gleichzeitig mit der Berufung die Ergänzung des Urtheiles beantragt (§ 423), ohne dass im Falle des § 393 die weitere Verhandlung über die Klage ausgesetzt worden ist, so sind dem Berufungsgerichte statt der Originalacten amtliche Abschriften derselben vorzulegen.

Die Vorschrift ist imperativ. Das Verfahren in erster Instanz soll durch die Berufung nicht gehemmt werden.

3. Der Beschluss ist in Urschrift, und zwar in der Regel mittels Stampigliendruckes auf die vorzulegenden Acten zu setzen; sind die Acten nicht geheftet, so ist im Beschlusse die Blattzahl der vorgelegten oder der vom Berufungsgerichte (bei Revisionen) hinzugefügten Acten anzugeben. Im Beschlusse sind die Parteien und der Streitgegenstand auf das kürzeste zu bezeichnen, z. B. „die Acten in Sachen A. ca. B. wegen Grundeigenthumes werden infolge Berufung dem Landesgerichte in W. vorgelegt, 15./11. 1897." Bei Acten von größerem Umfange kann zur Erleichterung des Auffindens die Blattzahl der Berufungsschrift und der etwa vorangegangenen berufungsgerichtlichen Entscheidung beigefügt werden.

In gleicher Weise sind Schriftstücke, die nachträglich an die Berufungs- oder Revisionsinstanz geschickt und zu den Acten der vorlegenden oder der empfangenden Gerichtsbehörde zu nehmen sein werden (z. B. thatsächliche Aufklärungen der Parteien oder des Gerichtes, Protokolle über Einvernehmungen nach § 473 C. P. O., Acten über stattgefundene Erhebungen oder Beweisaufnahmen nach §§ 488 und 509 C. P. O. u. s. w.), mittels eines in Urschrift auf das Schriftstück gesetzten Beschlusses vorzulegen, ohne Unterschied, ob es dabei einer weiteren Ausführung oder Begutachtung bedarf.

Beglaubigte Abschriften von Processacten sind nur im Falle des § 469, Abs. 2 C. P. O. vorzulegen. In allen übrigen Fällen sind sämmtliche Processacten, einschließlich des Urtheiles, der Entscheidungsgründe und des gesonderten Berathungsprotokolles in Urschrift einzuschicken.

Die Beilegung von Actenauszügen kann nicht gefordert werden.

Soweit nicht die in der Rechtsmittelentscheidung aufgetragene Einleitung, Fortsetzung oder Erneuerung des Verfahrens etwas anderes erfordert, ist die an die zweite Instanz gelangte Revisionsentscheidung ohne Beschlussfassung des Senates an das Gericht erster Instanz zu senden. Desgleichen ist über die

Digitized by Google

Benachrichtigung der Parteien von den an das Gericht erster Instanz gelangten Berufungs- und Revisionsentscheidungen bei Gerichtshöfen eine Beschlussfassung des Senates nicht einzuholen (§ 205 Gesch.-O.). Die Titulatur mit „löblich", „hochlöblich", „hoch", die Beisätze „diensthöflich" u. s. w. haben zu entfallen (§ 192, Gesch.-O.) und sind nur im Verkehre mit anderen Verwaltungszweigen beizubehalten.

4. Berufungen oder Revisionen und Recurse, welche gegen dieselbe Entscheidung angebracht werden, sind der Rechtsmittelinstanz gleichzeitig vorzulegen. Von der Erstattung eines Berichtes über den Recurs ist in diesem Falle in der Regel abzusehen. Soferne nicht eine Rechtfertigung des mittels Recurses angefochtenen Theiles der Entscheidung für nöthig gehalten wird (§ 206, Abs. 2), genügt es, in dem Beschlusse, womit die Berufung oder Revision vorgelegt wird, auf den erhobenen und gleichzeitig vorgelegten Recurs hinzuweisen, z. B. „die Acten in Sachen A. ca. B. wegen Grundeigenthumes werden infolge Berufung dem Landesgerichte in W. unter Anschluss des von B. gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt rechtzeitig angebrachten Recurses vorgelegt."

Mit der Vorlage des Recurses gegen eine der Berufung oder Revision unterliegende Entscheidung ist deshalb regelmäßig bis nach Ablauf der Berufungs- oder Revisionsfrist, wenn aber die Berufung oder Revision rechtzeitig erhoben wird, bis nach Einlangen des Schriftsatzes des Berufungs- oder Revisionsgegners oder nach Ablauf der hiefür offenstehenden Frist zu warten (§ 208 Gesch.-O.).

5. Befinden sich Acten, die aus Anlass der Erhebung eines Rechtsmittels dem zur Entscheidung über dieses Rechtsmittel berufenen Gerichte vorgelegt werden müssen, zur Zeit nicht beim Gerichte erster Instanz, so hat dieses unverweilt und spätestens gleichzeitig mit der Vorlegung des Rechtsmittels das Gericht oder die Behörde, wo sich diese Acten gerade befinden, zu ersuchen, die genau zu bezeichnenden Acten unter Angabe der mitgetheilten Geschäftszahl unmittelbar der Rechtsmittelinstanz einzusenden. Dass dies geschehen ist, muss bei Vorlage des Rechtsmittels in dem Vorlagebericht erwähnt werden, z. B. „die Acten in Sachen A. ca. B. wegen Grundeigenthumes werden infolge Berufung dem Oberlandesgerichte P. vorgelegt; um Uebersendung der fehlenden Processacten an das k. k. Oberlandesgericht wurde das Bezirksgericht R. ersucht."

Das Gericht erster Instanz darf die Vorlage des Rechtsmittels nicht aufschieben, um die fehlenden Acten früher ein-

Digitized by Google

zufordern. Sollten die gemäß Abs. 1 ersuchten Gerichte oder Behörden mit der Uebersendung der Acten zögern, so sind diese durch die Rechtsmittelinstanz selbst zu betreiben (§ 209 Gesch.-O.).

Von den Reinschriften der Entscheidung über Rechtsmittel sind in der Regel sogleich bei der Rechtsmittelinstanz so viele Exemplare herzustellen, dass außer den für die Acten bestimmten Ausfertigungen den Gerichten erster Instanz auch die zur Verständigung der Parteien erforderlichen Ausfertigungen zur Verfügung gestellt werden können (§ 215 Gesch.-O.).

Verfahren vor dem Berufungsgerichte.

Vorverfahren.

§ 470. Nach dem Einlangen der Berufungsacten beim Berufungsgerichte hat der Vorsteher dieses Gerichtes oder ein vom Vorsteher mit den Verrichtungen eines Vorsitzenden des Berufungssenates betrauter Richter die Berufungsacten einer Prüfung zu unterziehen.

Wenn die Unzulässigkeit der Berufung oder die Unzuständigkeit des Berufungsgerichtes von vornherein klar ist, oder wenn der Berufung, die wegen eines processualen Mangels des erstinstanzlichen Verfahrens erhoben wurde (Nichtigkeit, Unzuständigkeit, Streitanhängigkeit, irrige Annahme eines Versäumnisses u. s. w.), offenbar wird stattgegeben werden müssen, erscheint die Einleitung einer eigentlichen Berufungsverhandlung entbehrlich. Die Aufklärungen, welche das Berufungsgericht von den Parteien braucht, kann es sich viel rascher, einfacher und billiger als durch Anberaumung einer Berufungsverhandlung im Wege der Einvernehmung der Parteien, durch deren Wohnsitz-Gericht zum Beispiel, verschaffen (§ 473), und sofern Aufklärungen seitens des Gerichtes erster Instanz benöthigt werden — was namentlich bei behaupteter oder besorgter Nichtigkeit öfter der Fall sein wird — können diese ohnehin nicht im Wege der Berufungsverhandlung erlangt werden (Regierungsmotive, S. 304).

Der Vorsteher des Gerichtes oder der Vorsitzende des Berufungssenates hat jede einlangende Berufung der Prüfung zu unterziehen. Diese Vorprüfung hat sich auf die im § 471 aufgezählten formellen Punkte zu beschränken, wird sich jedoch auch auf die Vollständigkeit der Acten und auf vom Processgerichte erster Instanz übersehene Formverletzungen der Berufungsschriften zu erstrecken haben.

Digitized by Google

Auf die Hauptsache kann diese Vorprüfung nicht ausgedehnt werden.

§ 471. Auf Grund dieser Prüfung ist die Berufung, ohne dass zunächst eine Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung anberaumt würde, vor den Berufungssenat zu bringen:

1. wenn das Berufungsgericht zur Entscheidung über die erhobene Berufung nicht zuständig erscheint;

2. wenn die Berufung als gesetzlich unzulässig oder nicht in der gesetzlichen Frist erhoben erscheint;

3. wenn in der Berufungsschrift das Urtheil nicht angegeben ist, wider welches Berufung erhoben wird, wenn die Berufungsschrift keinen oder keinen bestimmten Berufungsantrag enthält, oder wenn die Berufungsgründe weder ausdrücklich noch durch deutliche Hinweisung einzeln angeführt sind;

4. wenn sich die Berufung gegen ein wegen Säumnis einer Partei gefälltes Urtheil darauf gründet, dass eine Versäumung nicht vorliege;

5. wenn das Urtheil oder das der Urtheilsfällung vorangegangene Verfahren als nichtig angefochten wird;

6. wenn der in das Urtheil aufgenommene Ausspruch über die Einrede der Unzuständigkeit oder über die Streitanhängigkeit oder Rechtskraft angefochten wird;

7. wenn der mit der Prüfung der Berufungsacten betraute Richter der Ansicht ist, dass das Urtheil oder das demselben vorangegangene Verfahren an einer vom Berufungswerber nicht geltend gemachten Nichtigkeit leide.

1. Die Unzuständigkeit des Berufungsgerichtes — zu unterscheiden von der Unzuständigkeit des Processgerichtes erster Instanz — wird wohl nur dann in Frage kommen, wenn es sich um ein Urtheil eines Bezirksgerichtes handelt, betreffs dessen die Entscheidung eines die besondere Gerichtsbarkeit in Handels-, See- oder Bergsachen ausübenden Berufungssenates erwirkt oder abgelehnt werden soll (§ 487).

Doch hat das Berufungsgericht seine eigene Zuständigkeit nicht nur über Antrag sondern auch von amtswegen (§ 41 J. N.) zu prüfen.

2. Entscheidungen eines Bezirksgerichtes oder des im Sprengel dieses Bezirksgerichtes bestehenden besonderen Bezirksgerichtes für Handels- und Seesachen können nicht deshalb angefochten werden, weil die Rechtssachen statt vor das besondere Bezirksgericht vor das allgemeine, oder statt vor letzteres zum Wirkungskreise des besonderen Bezirksgerichtes gehören (§ 45 J. N.). Der Rechtszug gegen Urtheile der besonderen Bezirksgerichte geht an die Handelsgerichte, der

Digitized by Google

Rechtszug gegen Urtheile der am Sitze derselben befindlichen allgemeinen Bezirksgerichte an die Landesgerichte.

Nur wenn die Bezeichnung des Berufungsgerichtes in der Berufungsschrift (§ 467) dieser Vorschrift nicht entspricht, ist das irrig angerufene Berufungsgericht in diesem Falle unzuständig.

3. Wenn ein allgemeines Bezirksgericht an Orten, wo ein besonderes Bezirksgericht nicht besteht, nach Fällung des Urtheiles den die besondere Gerichtsbarkeit ausdrückenden Beisatz in das Urtheil aufgenommen hat (§ 446, Anm. 2), so geht der Rechtszug an den besonderen Senat des Berufungsgerichtes, beziehungsweise an das Handelsgericht, enthält aber das Urtheil diesen Beisatz nicht, so ist der allgemeine Senat des Berufungsgerichtes, respective das Landesgericht zur Entscheidung über die Berufung zuständig (§ 3 J. N.).

Auch in diesem Falle wird daher eine Beschlussfassung des Berufungsgerichtes über seine Zuständigkeit nur dann nothwendig und möglich sein, wenn die Bezeichnung des Berufungsgerichtes in der Berufungsschrift unzutreffend ist (§ 467).

4. Wenn das Bezirksgericht den die besondere Gerichtsbarkeit ausdrückenden Beisatz vor Schluss der mündlichen Verhandlung über einseitigen Parteienantrag beschlossen oder diesen Antrag abgewiesen hat (§ 446, Anm. 3), so wird das Berufungsgericht über Antrag oder von amtswegen zu prüfen haben, ob die diesbezügliche Entscheidung des Bezirksgerichtes richtig ist.

Bei Vorliegen des im § 471, Z. 1 bezeichneten Mangels hat das Berufungsgericht seine Unzuständigkeit auszusprechen und die Berufung an das für dieselbe zuständige Gericht zu verweisen (§ 474).

5. Gesetzlich unzulässig ist die Berufung in Bagatellsachen (auch der Gewerbegerichte) aus anderen als den im § 477, Z. 1—7 aufgezählten Gründen (§ 501), gegen den Kostenzuspruch allein (§ 55) und insbesondere auch dann, wenn dem Berufungswerber ein Berufungsrecht nicht zusteht, oder wenn er auf die Berufung giltig verzichtet (§ 472) oder die Berufung zurückgenommen hat (§ 484). Verspätete Berufungsanmeldungen hat das Gericht erster Instanz zurückzuweisen (§ 468). Wurde dies übersehen, so erfolgt vom Berufungsgerichte die Verwerfung der Berufung (§ 474). Wird der Mangel erst in der mündlichen Verhandlung wahrgenommen, so ist die Berufung zurückzuweisen (§ 495).

6. Was die Bezeichnung des Urtheiles (§ 467) anbelangt, so hat dieselbe derart zu erfolgen, dass kein gegrün-

Digitized by Google

deter Zweifel darüber obwalten kann, welches Urtheil mit der fraglichen Berufung angefochten werde, und hierüber hat das Berufungsgericht nach den Umständen des speciellen Falles zu befinden (R. G. Leipzig, III, S. 85). Weder der Tag der Verkündung noch das Actenzeichen ist unbedingtes Erfordernis.

Der Berufungsantrag muss erkennen lassen, ob die Abänderung oder Aufhebung des ganzen Urtheiles oder ob nur die theilweise Abänderung oder Aufhebung desselben begehrt wird. Die Berufungsanträge bilden die Grundlage und zugleich die Grenze der Berufungsentscheidung (§ 497). Eine allgemeine Bezeichnung der Berufungsgründe, z. B. „das erstrichterliche Urtheil ist falsch“, „das erstrichterliche Urtheil beruht auf unrichtigen Prämissen“, „das Urtheil widerstreitet dem Gesetze und den Thatsachen“ (Dr. Kornfeld, Wort und Schrift im mündlichen Civilprocesse, S. 59) wird wohl nicht genügen; die Gründe der Berufung müssen einzeln, sie müssen ausdrücklich oder doch wenigstens durch deutliche Bezeichnung angeführt werden.

Was vom Berufungsgerichte verlangt wird, ist nicht immer dasselbe. Manchmal wird die Behebung von Unvollständigkeiten oder Unrichtigkeiten bei der Sachverhaltsermittlung gewünscht, die Heranziehung wichtiger, jedoch von der ersten Instanz unbeachtet gelassener Bestandtheile des Verhandlungsstoffes, eine bessere Beurtheilung der durchgeführten Beweise, manchmal bloß eine bessere rechtliche Beurtheilung des Verhandlungsmateriales, das auch nach Ansicht des Berufungsklägers in der ersten Instanz vollständig ermittelt und betreffs seiner Wahrheit richtig beurtheilt wurde (Regierungsmotive, S. 302). Nach diesen Gesichtspunkten werden die Berufungsgründe zu individualisieren sein.

Berufungsanträge und Berufungsgründe dürfen ohne Einwilligung des Gegners in der mündlichen Verhandlung weder erweitert noch durch andere ersetzt werden (§ 483). Ist die Berufungsschrift bezüglich eines der in Ziffer 3 angeführten Erfordernisse mangelhaft und können die Berufungsgründe auch nicht durch vorgängige Erhebungen festgestellt werden (§ 473), so ist die Berufung zu verwerfen (§ 474). In der mündlichen Verhandlung erfolgt in diesem Falle die Zurückweisung der Berufung (§ 495).

7. Voraussetzung der Zulässigkeit der Fällung eines Versäumnisurtheiles ist im Falle totaler oder späterer Säumnis (§ 396, 399), die ordnungsmäßige Ladung (§ 396, Anm. 2), die Versäumung der Tagsatzung (§ 396, Anm. 3), der Antrag der erschienenen Partei (§ 396, Anm. 4) und der

Abgang der im § 402 aufgezählten Gründe für die Abweisung dieses Antrages.

Der Mangel der ordnungsmäßigen Zustellung ist übrigens als Nichtigkeitsgrund auch von amtswegen zu berücksichtigen (§ 477, Z. 4).

Im Falle nicht rechtzeitiger Klagebeantwortung ist die Zulässigkeit der Urtheilsfällung von der Versäumung der Frist zur Klagebeantwortung (§ 398, Anm. 2) und von dem Antrage des Klägers abhängig. Hat das Processgericht erster Instanz mit Unrecht ein Versäumnisurtheil gefällt, so ist dieses Urtheil aufzuheben und die Rechtssache an das Processgericht erster Instanz zurückzuverweisen (§ 474).

8. Ein Urtheil kann nicht bloß wegen irrthümlicher Würdigung des thatsächlichen Processmateriales oder wegen unrichtiger Subsumption unter das Gesetz anfechtbar sein, sondern es kann auch unter Umständen oder in einer Form erflossen sein, welche das Erkenntnis zu einer ordnungswidrigen Emanation der richterlichen Spruchgewalt stempeln. Gebrechen der letzteren Art stehen in keiner unmittelbaren Beziehung zu dem materiellen Inhalt des Urtheils, welches vielleicht nach den Verhandlungen, ja selbst nach der wahren Lage der Sache vollkommen richtig ist. Es hätte aber bei den obwaltenden Verhältnissen überhaupt kein Urtheil oder doch das Urtheil nicht von diesem erkennenden Gerichte gefällt werden sollen, oder es lässt sich in der Fassung des Urtheils kein Erkenntnis finden, das zu einer sicheren Ueberprüfung durch die höhere Instanz geeignet erscheint, oder es liegt endlich dem Urtheile ein Verfahren zugrunde, welches an Mängeln leidet, die ein verlässliches Urtheil nicht zustande kommen lassen. Ein solches Urtheil ist nichtig. Im § 477, Z. 1 bis 9 sind jene Mängel des Urtheils oder der vorausgegangenen Verhandlung angegeben, deren Bedeutung so hervorragend ist, dass sie die Aufhebung des Urtheils wegen Nichtigkeit auch dann zur Folge haben, wenn von den Parteien der Nichtigkeitsgrund nicht ausdrücklich geltend gemacht wurde (§§ 489, Z. 7, 494).

Das Interesse der öffentlichen Ordnung gestattet nicht, dass die Annullierung eines solchen, der Kritik einer höheren Instanz einmal unterworfenen Urtheils lediglich vom Parteiwillen abhängt (Regierungsmotive, S. 307).

Wird eine solche Nichtigkeit gerügt oder von amtswegen wahrgenommen, so ist das Urtheil als nichtig aufzuheben (§ 477) und entweder (§ 477, Z. 3, 5, 6) die Klage zurückzuweisen oder die Sache an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen

Digitized by Google

(§ 478), was auch noch in der mündlichen Verhandlung zu geschehen hat (§ 494).

9. Die Unzulässigkeit des Rechtsweges und eine unheilbare Unzuständigkeit sind Nichtigkeitsgründe (§ 477, Z. 3, 6). Die Entscheidung über die Processeinreden (§ 261) unterliegt der Anfechtung durch Recurs, wenn sie nicht in das Urtheil aufgenommen wurde, sonst kann sie nur mittels des gegen das Urtheil offenstehenden Rechtsmittels angefochten werden.

Wird die Entscheidung des Processgerichtes erster Instanz deshalb angefochten, weil einer Processeinrede mit Unrecht stattgegeben worden ist, so wird nur in Ausnahmsfällen im Berufungswege zu entscheiden sein, wenn bei objectiver Klagenhäufung der einer Processeinrede stattgebende Beschluss betreffs eines Klagsanspruches in das meritorische Urtheil über den anderen Klagsanspruch aufgenommen worden ist.

In diesem Falle hat das Berufungsgericht dem Processgerichte erster Instanz die Urtheilsfällung aufzutragen (§ 475). Wurde die Einwendung der Unzuständigkeit mit Unrecht verworfen, so tritt nicht Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit, sondern Verweisung der Rechtssache an das zuständige Gericht ein (§ 475). Wurde endlich die Einwendung der Streitanhängigkeit oder Rechtskraft — welche auch in zweiter Instanz von amtswegen zu berücksichtigen sind (§ 240) — mit Unrecht verworfen, so erfolgt Aufhebung des Urtheiles und Zurückweisung der Klage (§ 475).

§ 472. Unzulässig ist die Berufung insbesondere auch dann, wenn sie von einer Person eingebracht wurde, welcher das Rechtsmittel der Berufung nicht zusteht oder welche auf die Berufung giltig Verzicht geleistet hat.

Die Wirksamkeit eines nach Verkündung oder Zustellung des erstrichterlichen Urtheiles erklärten Verzichtes auf das Recht der Berufung ist nicht davon abhängig, dass der Gegner die Verzichtleistung angenommen hat.

1. Berechtigt, die Berufung einzulegen, ist jede der Parteien, auch jeder Streitgenosse für sich, sowie der Nebenintervenient, solange er nicht rechtskräftig zurückgewiesen wurde (§ 18) und mit seiner Hauptpartei nicht im Widerspruche steht (§ 19). Die Wirksamkeit des Verzichtes ist immer davon abhängig, dass er ausdrücklich erklärt wird. Der § 472, welcher einen processualischen Act zum Gegenstande hat, erkennt einen Verzicht, der nicht ausdrücklich erklärt, sondern erst aus Schlussfolgerungen herzuleiten ist, nicht an (R. G. Leipzig, XVI, S. 346). Ein Verzicht auf das Rechtsmittel ist nicht darin zu

Digitized by Google

finden, dass der Berufungskläger die ihm durch das angefochtene Urtheil auferlegten Kosten erstattet (R. G. Leipzig, V, S. 384). Ist der Verzicht nicht ausdrücklich erklärt, so gehört die Entscheidung darüber, ob aus concludenten Handlungen des Berufungswerbers nach Erlassung des erstinstanzlichen Urtheiles auf Anerkennung des gegnerischen Anspruches oder des erstrichterlichen Urtheiles zu schließen sei, der Entscheidung in der Berufungsverhandlung an. Verzichte auf Rechtsmittel sind nach § 208 zu protokollieren. Im Bagatellverfahren hat der Richter nach Belehrung über das Rechtsmittel der Berufung (§ 452, Abs. 2) die Parteien zu befragen, ob sie die Berufung zu ergreifen beabsichtigen und einen Verzicht zu protokollieren (§ 148 Gesch.-O.).

2. Der Verzicht hat vor der Einbringung der Berufung zu erfolgen, sonst liegt eine Zurücknahme der Berufung vor, welche bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung zulässig ist und den Verlust des Rechtsmittels sowie Kostenersatzpflicht zur Folge hat (§ 484). Außerdem ist die Berufung unzulässig gegen Bagatellurtheile aus anderen als den im § 477, Z. 1—7 aufgezählten Nichtigkeitsgründen (§ 501) und gegen den Kostenzuspruch, wenn nicht gleichzeitig das Urtheil in der Hauptsache angefochten wird (§ 55).

§ 473. Der Berufungssenat entscheidet in den Fällen des § 471 über die Berufung in nicht öffentlicher Sitzung und ohne vorhergehende mündliche Verhandlung durch Beschluss.

Hält der Berufungssenat zur Feststellung der Berufungsgründe oder der Nichtigkeit thatsächliche Aufklärungen seitens der Parteien oder des Gerichtes erster Instanz oder andere vorgängige Erhebungen erforderlich, so sind dieselben anzuordnen und mit Benützung der einschlägigen, in den Berufungsschriften enthaltenen Parteiangaben entweder vom Berufungssenate selbst durchzuführen, oder durch einen beauftragten Richter oder das Processgericht erster Instanz durchführen zu lassen.

Wenn einer der bei § 471 besprochenen Formalpunkte überhaupt in Frage steht, so muss der Vorstand des Gerichtes oder der mit der Vorprüfung betraute Vorsitzende des Berufungssenates die Beschlussfassung des Berufungssenates in nicht öffentlicher Sitzung einholen, welche entweder die Formalpunkte zu erledigen oder auf Anordnung der Berufungsverhandlung (§ 480) zu lauten hat. Vorgängige Erhebungen durch Einvernahme der Parteien, Abforderung schriftlicher Aeußerungen der Parteien (Regierungsmotive, S. 211) oder Aufklärungen seitens des Gerichtes erster Instanz sind nur zur Feststellung

Digitized by Google

der **Berufungsgründe** (§ 471, Anm. 6) oder der **Nichtigkeit** (§ 477) zulässig.

Doch wird auch auf die Abstellung von Formgebrechen der Berufungsschriften, auf die Vollständigkeit der Acten zu sehen und die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens erster Instanz über die Berufungsschriften zu prüfen sein.

Solche Erhebungen können auch einem **beauftragten Richter**, also einem Mitgliede des Berufungsenates übertragen werden.

Nach den Motiven (S. 304) können derartige Erhebungen nicht nur durch das Processgericht, sondern auch durch andere Gerichte, z. B. das Personalgericht der zu vernehmenden Partei gepflogen werden, an welches sich daher der beauftragte Richter auch mit Umgehung des Processgerichtes zu wenden haben wird. Gegen die Anordnung derartiger Erhebungen steht ein Rechtsmittel nicht zu (§ 519).

Wird gegen ein mittels Berufung angefochtenes Urtheil auch von dem Gegner der Recurs wegen des Kostenzuspruches (§ 55) erhoben, so hat die Rechtsmittelinstanz in dem Falle, als die Beschlussfassung über den Recurs von dem Ergebnisse des Berufungsverfahrens unabhängig ist, über den Recurs im Vorverfahren zu entscheiden (§ 150, Gesch.-O.).

§ 474. Beim Vorhandensein des im § 471, Z. 1, bezeichneten Mangels hat das Gericht seine Unzuständigkeit auszusprechen und die Berufung an das für dieselbe zuständige Gericht zu verweisen.

In den Fällen des § 471, Z. 2 und 3, ist die Berufung zu verwerfen.

Wenn die Berufung im Falle des § 471, Z. 4, als begründet befunden wird, ist das Urtheil aufzuheben und die Rechtssache je nach Vollendung der erstrichterlichen Verhandlung bloß zur neuerlichen Urtheilsfällung oder zur Fortsetzung der Verhandlung und Urtheilsfällung an das Processgericht erster Instanz zurückzuverweisen.

1. Findet das Berufungsgericht, dem die Berufung vorgelegt wurde (§ 467, Anm. 2), dass es zur Entscheidung über die Berufung nicht zuständig ist (§ 471, Anm. 1—4), so hat es seine Unzuständigkeit auszusprechen und die Berufung an das für dieselbe zuständige Gericht (Handelssenat) zu verweisen. Bei offenbarer Unzuständigkeit wird dies letztere sofort erfolgen, in zweifelhaften Fällen wird im Beschlusse zugleich auszusprechen sein, dass nach eingetretener Rechtskraft dieses Beschlusses das Berufungsverfahren von dem zuständigen Gerichte aufzunehmen sei, da nur in diesem Falle der Beschluss

Digitized by Google

anfechtbar ist (§ 519). Gegen den Beschluss, dass die Rechtskraft abzuwarten sei, ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig (§ 479). Die Fortsetzung des Berufungsverfahrens hat von amtswegen zu erfolgen (§ 479) und es ist die Verweisung an ein anderes Berufungsgericht für dieses bindend (§ 499, § 46 J. N.).

2. Verspätete oder unzulässige Berufungen (§ 471, Z. 2), sowie solche Berufungen, welche keinen oder keinen bestimmten Berufungsantrag enthalten, oder in denen das angefochtene Urtheil nicht angegeben ist (§ 471, Z. 3), sind ohne vorgängige Erhebungen zu verwerfen. Fehlt es dagegen an der vorgeschriebenen Anführung der Berufungsgründe, so muss zunächst durch vorgängige Erhebungen (§ 473) die Behebung dieses Mangels versucht werden und erst wenn der Mangel auf diesem Wege nicht beseitigt werden konnte, ist die Berufung zu verwerfen. Gegen die Verwerfung der Berufung steht der Recurs zu.

3. Gegen die Aufhebung des Urtheiles und Zurückverweisung der Rechtssache an das Processgericht erster Instanz, weil eine Versäumung nicht vorliegt (§ 471, Z. 4), ist ein Recurs nur dann zulässig, wenn von dem Berufungsgerichte mittels Beschlusses (§ 479), gegen den ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zusteht, ausgesprochen wurde, dass das Verfahren in erster Instanz erst nach eingetretener Rechtskraft dieses Beschlusses aufzunehmen oder fortzusetzen sei (§ 519).

Die Tagsatzung ist von amtswegen anzuberaumen (§ 479).

Findet das Berufungsgericht die gegen ein Versäumnisurtheil wegen Abganges einer Versäumung eingelegte Berufung unbegründet, so hat es die Berufung in nicht öffentlicher Sitzung durch Beschluss abzuweisen (§ 480).

§ 475. Hat im Falle des § 471, Z. 6, das Gericht erster Instanz mit Unrecht seine Nichtzuständigkeit ausgesprochen, die Streitanhängigkeit ohne Grund angenommen oder eine Entscheidung über den Klagsanspruch mit Unrecht deshalb abgelehnt, weil über denselben bereits rechtskräftig entschieden sei, so wird dem Gerichte erster Instanz vom Berufungsgerichte aufgetragen, sich der Urtheilsfällung in der Hauptsache oder der Verhandlung und Urtheilsfällung zu unterziehen, je nachdem die erstrichterliche Entscheidung nach durchgeführter Verhandlung zur Hauptsache, oder auf Grund abgesonderter Verhandlung über die Unzuständigkeit, Streitanhängigkeit oder Rechtskraft und vor Abschluss der Verhandlung zur Hauptsache erging.

Wurde jedoch in erster Instanz mit Unrecht die Zuständigkeit des Processgerichtes angenommen, so sind unter Aufhebung des erstrichterlichen Urtheiles die zur Einleitung des

Digitized by Google

Verfahrens vor dem zuständigen Gerichte erforderlichen Anordnungen zu treffen.

Wurde vom Gericht erster Instanz auf die Streitanhängigkeit mit Unrecht keine Rücksicht genommen oder der Antrag, die Klage ohne Verhandlung zur Hauptsache zurückzuweisen, weil über den Klagsanspruch schon rechtskräftig entschieden sei, unrichtiger Weise verworfen, so ist die Klage unter Aufhebung des ergangenen erstrichterlichen Urtheiles vom Berufungsgerichte zurückzuweisen.

1. Absatz 1 behandelt einen Ausnahmsfall, der nur selten vorkommen kann (§ 471, Anm. 9).

Absatz 2 handelt nur von der über rechtzeitige Einrede der Gegenpartei zu berücksichtigenden Unzuständigkeit. Ist das Processgericht erster Instanz unzuständig und hat es diesbezüglich die Entscheidung verfehlt und ist die betreffende Entscheidung im Urtheile aufgenommen (§ 261), so ist die Klage nicht abzuweisen, sondern es ist das erstrichterliche Urtheil aufzuheben und die Rechtssache an das zuständige Gericht zu verweisen, welches nach § 476 vorzugehen hat. Ein Recurs gegen den Beschluss des Berufungsgerichtes ist nur dann zulässig, wenn zugleich ausgesprochen wurde, dass das Verfahren in erster Instanz erst nach eingetretener Rechtskraft des Beschlusses fortzusetzen sei (§ 519).

Letzterer Beschluss kann durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 479). Die Tagsatzung ist von amtswegen anzuberaumen (§ 479).

2. Die unrichtige abweisende Entscheidung des Processgerichtes erster Instanz über die Streitanhängigkeit (§ 232) und Rechtskraft (§ 411), welche auch von amtswegen zu berücksichtigen sind (§ 240), hat die Aufhebung des Urtheiles und die Zurückweisung der Klage zur Folge. Dies soll nur dann geschehen, wenn die Processacten oder die zur Feststellung der Berufungsgründe eingeleiteten Erhebungen die Streitanhängigkeit oder Rechtskraft außer allen Zweifel stellen. Sonst ist die Entscheidung über die Berufung der Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung vorzubehalten, was insbesondere dann gilt, wenn diesbezüglich eine Erörterung in erster Instanz nicht stattgefunden hat (§ 149 Gesch.-O.). Gegen den Beschluss ist nach dem Wortlaute der §§ 519, 475 ein Recurs nicht zulässig, wohl aber nach § 149 Gesch.-O., weil der Beschluss auf Zurückweisung der Berufung zu lauten hat und gegen diesen Beschluss nach § 519 der Recurs zusteht.

§ 476. Wenn das angefochtene Urtheil wegen Unzuständigkeit des Gerichtes erster Instanz aufgehoben und die Rechts-

Digitized by Google

sache zu neuerlicher Verhandlung an das zuständige Gericht verwiesen wird, ist diese neuerliche Verhandlung auf Grund des über die erste Verhandlung aufgenommenen Verhandlungsprotokolles und aller sonstigen an das Berufungsgericht gelangten Processacten durchzuführen. Die neuerliche Verhandlung ist im Sinne des § 138 einzuleiten.

Alle von den Parteien bei der ersten Verhandlung abgelegten Geständnisse und alle sonstigen Erklärungen der Parteien behalten ihre Wirksamkeit auch für die neuerliche Verhandlung. Die Parteien können jedoch bei derselben auch solche thatsächliche Behauptungen und Beweise, Angriffs- und Vertheidigungsmittel vorbringen, welche von ihnen bei der ersten Verhandlung nicht geltend gemacht wurden; desgleichen können die Parteien die bei der früheren Verhandlung versäumten oder verweigerten Erklärungen über thatsächliche Behauptungen und Beweisanbietungen bei der späteren Verhandlung nachholen.

Für die neuerliche Verhandlung in erster Instanz, welche vor anderen Richtern stattzufinden hat, gilt zunächst die Vorschrift des § 412, dass die Verhandlung mit Benützung der Klage, der zu den Acten gebrachten Beweise und des Verhandlungsprotokolles von neuem durchzuführen ist. Es tritt jedoch die Abweichung ein, dass zunächst im Sinne des § 138 die wesentlichen Ergebnisse der früheren mündlichen Verhandlung durch den Vorsitzenden zu resumieren sind, damit insbesondere die ihre Wirksamkeit behaltenden gerichtlichen Geständnisse und Erklärungen constatiert werden.

Die Wirksamkeit des Geständnisses geht nicht weiter als vor dem ersten Gerichte (§ 266). Die dem Geständnisse in der neuerlichen Verhandlung beigefügten Zusätze und Einschränkungen, sowie ein Widerruf sind in ihren Wirkungen vom Gerichte nach freiem Ermessen zu beurtheilen.

Unter den Erklärungen, welche ihre Wirksamkeit behalten, werden die thatsächlichen Erklärungen mit Einschluss der Dispositivacte (§ 34, Anm. 2) zu verstehen sein, welche im § 178 zusammengefasst sind.

2. Für die neuerliche Verhandlung gilt aber weiter der Grundsatz des § 179, dass bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung neue auf den Gegenstand dieser Verhandlung bezügliche thatsächliche Behauptungen und Beweismittel vorgebracht werden können, jedoch auch mit allen für das behobene Verfahren bestandenen Einschränkungen.

Bei offenbarer Verschleppungsabsicht wird daher dem Gerichte das Recht zustehen, solches Vorbringen als unstatthaft zu erklären (§ 179) und die Präclusionsfolgen einer im-

Digitized by Google

vorbereitenden Verfahren stattgefundenen Versäumnis (§§ 254, 263) wirken auch für die neuerliche Verhandlung fort. Zwischenurtheile werden durch die Aufhebung mitbetroffen. Eine Wiederholung der bereits aufgenommenen Beweise ist nicht nothwendig, jedoch nach § 266 zulässig.

Die Verhandlung und Entscheidung ist in erster Instanz nicht an die Berufungsanträge gebunden, sondern hat alle die Hauptsache betreffenden Anträge zu erledigen (§ 404).

3. Der Regierungsentwurf enthält als Schlussatz die Bestimmung, dass die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes, an welches die Rechtssache durch rechtskräftige Entscheidung des Berufungsgerichtes zur neuerlichen Verhandlung verwiesen wurde, bei der neuerlichen Verhandlung nicht erhoben werden kann. Dieser Schlussatz wurde von der Commission des Herrenhauses mit der Begründung (S. 7 der Motive) gestrichen, dass dadurch die Zulassung der Unzuständigkeitseinwendung im Berufungsverfahren erweitert werde. Mit Rücksicht auf die Bestimmungen des § 46 J. N. wird jedoch eine rechtskräftige Entscheidung über die sachliche Zuständigkeit nicht mehr abgeändert werden können, während Einwendungen gegen die örtliche Zuständigkeit nach § 41 J. N. auch bei der neuerlichen Verhandlung zulässig erscheinen.

§ 477. Als nichtig (§ 471, Z. 5 und 7) ist das angefochtene Urtheil und, soweit der Grund der Nichtigkeit das vorangegangene Verfahren ergreift, auch dieses aufzuheben:

1. wenn an der Entscheidung ein Richter theilnahm, welcher kraft des Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes in dieser Rechtssache ausgeschlossen war, oder dessen Ablehnung vom Gerichte als berechtigt erkannt worden ist;

2. wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war;

3. wenn das Urtheil von einem Gerichte gefällt wurde, das auch nicht durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien für diese Rechtssache zuständig gemacht werden konnte;

4. wenn einer Partei die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, durch ungesetzlichen Vorgang, insbesondere durch Unterlassung der Zustellung entzogen wurde;

5. wenn eine Partei in dem Verfahren gar nicht oder, falls sie eines gesetzlichen Vertreters bedarf, nicht durch einen solchen vertreten war, sofern die Processführung nicht nachträglich ordnungsmäßig genehmigt wurde;

6. wenn über eine nicht auf den Rechtsweg gehörige Sache erkannt wurde;

Digitized by Google

7. wenn die Oeffentlichkeit in ungerechtfertigter Weise ausgeschlossen wurde;

8. wenn der Vorschrift des § 210, Abs. 2, zuwider die Parteien oder deren Bevollmächtigte von ihnen abgefasste Entwürfe zu Verhandlungsprotokollen zu den Acten gebracht haben;

9. wenn die Fassung des Urtheiles so mangelhaft ist, dass dessen Ueberprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann, wenn das Urtheil mit sich selbst in Widerspruch ist oder für die Entscheidung keine Gründe angegeben sind und diesen Mängeln durch eine vom Berufungsgerichte angeordnete Berichtigung des Urtheils (§ 419) nicht abgeholfen werden kann.

Eine nachträgliche Genehmigung der Processführung (Z. 5) liegt insbesondere dann vor, wenn der gesetzliche Vertreter, ohne den Mangel der Vertretung geltend zu machen, durch Erstattung der Berufungsschrift oder eines vorbereitenden Schriftsatzes (§ 468) in das Berufungsverfahren eingetreten ist.

1. Richter sind von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen (§ 20 J. N.)

1. in Sachen, in welchen sie selbst Partei sind, oder in Ansehung deren sie zu einer der Parteien in dem Verhältnisse eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regresspflichtigen stehen;
2. in Sachen ihrer Ehefrauen oder solcher Personen, welche mit ihnen in gerader Linie verwandt oder verschwägert sind, oder mit welchen sie in der Seitenlinie bis zum vierten Grade verwandt oder im zweiten Grade verschwägert sind;
3. in Sachen ihrer Wahl- oder Pflegeeltern, Wahl- oder Pflegekinder, ihrer Mündel und Pflegebefohlenen;
4. in Sachen, in welchen sie als Bevollmächtigte einer der Parteien bestellt waren oder noch bestellt sind;
5. in Sachen, in welchen sie bei einem untergeordneten Gerichte an der Erlassung des angefochtenen Urtheiles mitgewirkt haben.

Von der Leitung der Verhandlung und von der Entscheidung über die Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage ist jener Richter ausgeschlossen, wegen dessen Betheiligung die Nichtigkeitsklage oder wegen dessen Verhalten die Wiederaufnahmsklage angebracht wurde (§ 537).

Entscheidend ist, ob der Richter bei der Entscheidung mitgewirkt hat, seine Mitwirkung bei der Beweisaufnahme (R. G. Leipzig, XXVI, S. 383), als ersuchter oder beauftragter Richter hat die Nichtigkeit des Urtheiles nicht zur Folge.

Digitized by Google

Ein Richter kann abgelehnt werden (§ 19 J. N.), weil ein zureichender Grund vorliegt, seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen. Befangenheitsgründe allein machen das Urtheil nicht nichtig. Die Partei muss den Richter rechtzeitig (§ 21 J. N.) abgelehnt haben und das Ablehnungsgesuch muss vom Gerichte als berechtigt erkannt worden sein. Eine Mitwirkung des Richters, bevor über das Ablehnungsgesuch erkannt worden ist, gehört nicht hierher (Wilmowski, S. 786).

2. Zur vorschriftsmäßigen Besetzung gehört die vorgeschriebene Zahl der Richter. Bei den Kreis- und Landesgerichten bestehen die Senate aus einem Vorsitzenden und zwei Richtern, bei den Handelsgerichten, Handelssenaten und bergrechtlichen Senaten aus einem Vorsitzenden, einem Berufsrichter und einem fachmännischen Laienrichter (§ 7 J. N.). Bei den Oberlandesgerichten bestehen die Senate aus einem Vorsitzenden und vier Richtern (§ 8 J. N.). Wird die Einwendung der Unzuständigkeit erhoben, weil die Rechtssache vor den Handels- oder bergrechtlichen Senat oder umgekehrt vor den Civilsenat gehört, so wird ein Laien- oder Berufsrichter beigezogen (§§ 61 ff. J. N.). In der ersten Tagsatzung werden die Urtheile von dem Vorsitzenden des Senates (beauftragten Richter) allein gefällt. Im Berufungsverfahren über Urtheile der Gewerbegerichte entscheidet der Gerichtshof unter Beiziehung von zwei gewerblichen Beisitzern (§ 30, Ges. v. 27. November 1896, Z. 218 R.-G.-Bl.).

Bei den Bezirksgerichten wird die Gerichtsbarkeit durch einen oder mehrere Einzelrichter ausgeübt (§ 5 J. N.). Das Gericht ist auch dann nicht vorschriftsmäßig besetzt, wenn das Urtheil nicht von denjenigen Richtern gefällt worden ist, welche an der dem Urtheile zu Grunde liegenden Verhandlung theilgenommen haben (§ 412). Zur vorschriftsmäßigen Besetzung gehört endlich auch die gesetzliche Qualification der Richter.

Bei Bezirksgerichten fungieren als Richter die Vorsteher der Bezirksgerichte und die Einzelrichter (§ 2, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.), welch' letztere auf Vorschlag des Oberlandesgerichtes vom Justizminister aus der Zahl der für das Richteramt befähigten und für das betreffende Bezirksgericht ernannten richterlichen Beamten (Rathssecretäre, Adjuncten) bestellt werden (§ 25, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.). Den Bezirksgerichten, welche sich am Sitze eines Kreis- oder Landesgerichtes befinden, wird die erforderliche Anzahl von richterlichen Beamten durch den Vorsteher des Kreis- oder Landesgerichtes aus den zur selbständigen Ausübung des Richteramtes befugten richterlichen Beamten dieses Gerichtshofes zugewiesen (§ 5 J. N.).

Digitized by Google

Zu Einzelrichtern bei diesen Gerichten können nur Rathssecretäre bestellt werden (§ 25 Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.).

Die zeitweise Verwendung selbständiger Richter wird hinsichtlich der Bezirksgerichte vom Präsidenten des Oberlandesgerichtes, hinsichtlich aller übrigen Gerichte vom Justizminister verfügt (§ 46, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.). Bei den Gerichtshöfen wird die Gerichtsbarkeit (Richter im Sinne des Staatsgrundgesetzes) durch die Präsidenten, Vicepräsidenten, Räthe und anderen stimmführenden Mitglieder des Gerichtshofes ausgeübt (§ 2, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.).

Stimmführende Mitglieder der Gerichtshöfe erster Instanz sind in Civilsachen die für den Gerichtshof ernannten Rathssecretäre, welchen für die Ausübung der Gerichtsbarkeit das Stimmrecht übertragen wurde. Die Uebertragung des Stimmrechtes geschieht auf Grund eines vom Gerichtshofe erster Instanz erstatteten Vorschlages nach Anhörung des Oberlandesgerichtspräsidenten durch den Justizminister (§ 30, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.).

Einem Senate in Civilsachen darf nicht mehr als ein mit dem Stimmrechte betrauter richterlicher Beamter als Mitglied angehören (§ 32, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.). Die fachmännischen Laienrichter aus dem Handelsstande und aus dem Kreise der Schifffahrtskundigen werden auf gutächtlichen Vorschlag der Handels- und Gewerbekammer des Bezirkes, die fachmännischen Laienrichter aus dem Kreise der Bergbaukundigen auf gutächtlichen Vorschlag der Berg- und Hüttenwerksbesitzer des Bezirkes und der an dem Betriebe dieser Werke betheiligten Personen ernannt (§ 20, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.).

Verstöße gegen die Geschäftsvertheilung (§§ 32, 42, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.), gegen die Reihenfolge der Ersatzmänner und hinsichtlich der Frage, ob ein Bedürfnis der Vertretung vorlag, unterliegen dem § 477, Z. 2 nicht (R. G. Leipzig, XXIX, S. 229). Die Giltigkeit der Amtshandlung eines Richters oder Senates wird an und für sich dadurch nicht berührt, dass dieser Act nach der Geschäftsvertheilung von einer anderen Gerichtsabtheilung desselben Gerichtes vorzunehmen gewesen wäre (G. O. vom 5. Mai 1897, Nr. 112 R.-G.-Bl., § 28).

Bei Aufhebung des erstrichterlichen Urtheiles nach Ziffer 1 u. 2 ist die Sache an das Gericht erster Instanz oder nach

Digitized by Google

freiem Ermessen an ein anderes im Sprengel des Berufungsgerichtes gelegenes Gericht der gleichen Art zu verweisen (§ 478).

3. Abweichend von der nur über Einwendung der Parteien zu berücksichtigenden Unzuständigkeit (§ 471, Z. 6) bildet eine unheilbare Unzuständigkeit (§ 104 J. N.), sowie die Unzulässigkeit des Rechtsweges (§ 42 J. N.) einen auch von amtswegen zu berücksichtigenden Nichtigkeitsgrund. In beiden Fällen ist die Klage unter Aufhebung des Verfahrens und Urtheiles abzuweisen (§ 478). Eine Verweisung der Sache an das zuständige Gericht findet im Falle unheilbarer Incompetenz nicht statt.

4. Voraussetzung des Nichtigkeitsgrundes nach Ziffer 4 ist, dass die Partei vor Gericht nicht verhandelt hat, und dass ein ungesetzlicher Vorgang entweder bei der Zustellung oder sonst die Ursache davon ist. Wird z. B. eine an der Verhandlung betheiligte Person von der Verhandlung ohne vorherige Androhung dieser Maßregel entfernt und ist sie außerdem nicht auf die Rechtsfolgen einer solchen Maßregel, insbesondere auf die Möglichkeit der Erlassung des Versäumnisurtheiles aufmerksam gemacht worden (§ 198), wurde einer Partei das Wort entzogen, ohne dass ihr im weiteren Verlaufe der Verhandlung die Möglichkeit geboten worden wäre, zur Sache zu verhandeln (§ 180, Anm. 2), wurde für eine Partei ein Curator bestellt, ohne dass die Bedingungen hierfür vorlagen (§ 115), so ist der Vorgang ungesetzlich. Wenn eine Versäumung nicht vorliegt, so kann das wegen Säumnis einer Partei gefällte Urtheil auch nach § 471 Z. 4 angefochten werden. Der Erfolg ist in beiden Fällen derselbe. Das Urtheil und das von der Nichtigkeit betroffene Verfahren ist zu beheben und die Sache ist an das Processgericht erster Instanz zurückzuverweisen (§ 478).

5. Unter Ziffer 5 fällt die Verletzung der Vorschriften über die gesetzliche Vertretung (§§ 6, 7), über den Anwaltszwang im Anwaltsprocesse (§ 27) und über die Vertretung durch Bevollmächtigte (§§ 30, 37). Ist die Processführung bereits in erster Instanz genehmigt worden (§ 38), so liegt Nichtigkeit nicht vor. Im Berufungsverfahren wird der Mangel durch Unterlassung der Rüge geheilt. Liegt dieser Nichtigkeitsgrund vor, so ist die Klage zurückzuweisen (§ 478). Zu vergleichen § 529, Anm. 2.

6. Vergl. §§ 171—175.

Die Oeffentlichkeit kann nicht nur durch einen diesbezüglichen Beschluss, sondern auch durch einen factischen Vorgang: Absperren des Verhandlungszimmers, Verweigerung des

Digitized by Google

Zutrittes u. s. w. ausgeschlossen erscheinen. Die ungerechtfertigte Abweisung eines Antrages auf Ausschluss der Oeffentlichkeit bildet keinen Nichtigkeitsgrund. Wurde die Oeffentlichkeit ausgeschlossen, so muss doch der diesbezügliche Beschluss sowie das Urtheil öffentlich verkündet werden. Eine Verkündung unter gesetzwidrigem Ausschluss der Oeffentlichkeit ist nichtig.

Ziffer 8 wurde von der Commission des Herrenhauses aufgenommen.

Das Einlegen von Protokollsentwürfen mit schriftlichen Ausführungen nach Art des heutigen Summarverfahrens, die Ausartung des Protokollierens in gewöhnlichen Schriftenwechsel soll das ganze Verfahren einschließlich des Urtheiles nichtig machen und diese Nichtigkeit ist dem Verzichte der Parteien entrückt (Motive, S. 11).

7. Eine mangelhafte Fassung des Urtheiles, Widersprüche im Urtheile und mangelhafte Begründung des Urtheiles werden zunächst im Wege der Berichtigung des Urtheiles über Auftrag des Berufungsgerichtes (§ 419) von dem Processgerichte erster Instanz abzustellen sein. Zum Urtheile gehört auch der Thatbestand (§ 417, Anm. 4). Was insbesondere die Begründung des Urtheiles anbelangt, so sind die Umstände und Erwägungen, welche für die Ueberzeugung des Gerichtes maßgebend waren, in der Begründung anzugeben (§ 272). Das Urtheil hat in schriftlicher Ausfertigung die Entscheidungsgründe zu enthalten (§ 417).

Die Bestimmung der Ziffer 9 trifft nicht allein den gänzlichen Mangel von Entscheidungsgründen, sondern auch den Mangel von Gründen für die Nichtbeachtung selbständiger Angriffs- und Vertheidigungsmittel (R. G. Leipzig, VII, S. 341), ohne dass erkennbar wäre, ob dies absichtlich oder aus Versehen geschehen, und welche thatsächlichen oder rechtlichen Gründe den Richter dazu veranlassten (R. G. Leipzig, III, S. 389). Allerdings bedarf es nicht in allen Fällen der eingehenden Erörterung sämmtlicher Streitpunkte; je nach Lage der Sache genügt es vielmehr, wenn nur aus der Gesammtheit der Gründe sicher zu entnehmen ist, weshalb einem bestimmten Vorbringen Berücksichtigung versagt wurde (R. G. Leipzig, VIII, S. 342). Eine vom Richter ausgesprochene Ansicht über ausländisches Recht muss mit Gründen versehen sein (R. G. Leipzig, A. VI, S. 104). Klare Rechtssätze bedürfen keiner Begründung (O. L. G. f. Bayern, Fuchsberger, S. 751). Redensarten: es stehe fest, man habe sich überzeugt, sind keine Gründe.

Digitized by Google

In den Fällen der Ziffern 7, 8, 9 wird die Sache an das Processgericht erster Instanz zurückverwiesen. Die Nichtigkeitsgründe der Z. 8 u. 9 gelten im Bagatellverfahren nicht (§ 501).

§ 478. Erfolgt die Aufhebung des erstrichterlichen Urtheiles wegen Nichtigkeit, ohne dass hiedurch zur Erledigung der Sache eine weitere Verhandlung nothwendig wird (§ 477, Z. 5 und 6), so ist, soweit die Nichtigkeit reicht, die Zurückweisung der Klage auszusprechen.

Wird durch die gänzliche oder theilweise Aufhebung des erstrichterlichen Urtheiles wegen Nichtigkeit eine weitere Verhandlung nothwendig, so ist die Sache an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen.

Wenn das erstrichterliche Urtheil wegen eines der in § 477, Z. 1 und 2, angeführten Nichtigkeitsgründe aufgehoben wird, so kann die Sache zur neuerlichen Verhandlung statt an das Processgericht erster Instanz an ein anderes im Sprengel des Berufungsgerichtes gelegenes Gericht der gleichen Art verwiesen werden.

Die nach Absatz 2 und 3 ausgesprochene Verweisung ist jedoch aufzuheben, wenn beide Parteien innerhalb der Nothfrist von acht Tagen nach Zustellung der Entscheidung des Berufungsgerichtes beantragen, dass vom Berufungsgerichte nach Durchführung der nothwendigen neuen Verhandlung in der Sache selbst erkannt werde. Dieser Antrag ist beim Berufungsgerichte zu stellen.

1. Außer den im § 478 ausdrücklich angeführten Nichtigkeiten der Unzulässigkeit des Rechtsweges (§ 477, Z. 6) und der mangelnden Vertretung (§ 477, Z. 5) hat auch eine unverzichtbare Unzuständigkeit (§ 477, Z. 3) die Zurückweisung der Klage zur Folge.

Dieselbe ist in nicht öffentlicher Sitzung durch Beschluss auszusprechen und kann mittels Recurses angefochten werden (§ 519). Die Processkosten sind in der Regel gegenseitig aufzuheben. Nur im Falle des Verschuldens einer Partei kann dieser auf Antrag oder von amtswegen der Ersatz der Kosten auferlegt werden. Bei einem offenbaren groben Verschulden des Gerichtes kann diesem der Ersatz der Kosten auferlegt werden(§ 51), gegen welchen Beschluss die zum Kostenersatze verpflichteten richterlichen Beamten gemäß § 514 Recurs ergreifen können.

2. Ist infolge der Entscheidung über die Berufungsanträge eine vollständige oder theilweise Erneuerung der erstinstanzlichen Verhandlung oder eine Ergänzung derselben nach irgend einer

Digitized by Google

Richtung nöthig, so wird auch diese Verhandlung in der Regel (wenn nicht im einzelnen Falle der Vortheil der Parteien selbst ein anderes heischt) wieder vor die erste Instanz verwiesen werden (Regierungsmotive, S. 304). Die Verweisung an ein anderes Gericht der gleichen Art wird insbesondere dann zu erfolgen haben, wenn durch das Ausscheiden des abgelehnten oder ausgeschlossenen Richters die ordnungsmäßige Besetzung des Gerichtes erster Instanz unmöglich sein würde.

Die Zurückverweisung oder die Verweisung an ein anderes Gericht erster Instanz kann nur dann im Rechtszuge angefochten werden, wenn das Berufungsgericht ausgesprochen hat, dass das Verfahren in erster Instanz erst nach eingetretener Rechtskraft des Verweisungsbeschlusses aufzunehmen oder fortzusetzen sei (§ 519). Die Entscheidung über die Kosten ist in einem solchen Falle dem neuen Urtheile erster Instanz vorzubehalten (E. d. O. G. H. Nr. 7280, 7723) und richtet sich nach § 51.

3. Im allgemeinen muss der in dem zweiten und dritten Absatze ausgesprochene Grundsatz gelten, dass, wenn ein Urtheil wegen Nichtigkeit ganz oder theilweise aufgehoben wird, die Sache an ein Gericht erster Instanz zurückgewiesen werden muss. Durch den neuen vierten Absatz wollte der Ausschuss jedoch den Parteien die Möglichkeit eröffnen, einverständlich beim Berufungsgerichte zu beantragen, dass in der Sache selbst vom Berufungsgerichte nach Durchführung der nothwendigen Verhandlung erkannt werde; hiezu ist aber natürlicherweise das Einverständnis der Processparteien nothwendig, weil es sich hier um ein nichtiges Verfahren handelt und nur die Uebereinstimmung der Parteien, von dieser Nichtigkeit abzusehen, die Entscheidung der Sache in zweiter Instanz eine rechtsgiltige Basis verleihen kann (Motive des Ausschusses, S. 46).

Die Parteien können daher auf die Berücksichtigung des Nichtigkeitsgrundes nicht von vorneherein, etwa in den Berufungsschriften, verzichten, sondern können erst nach Zustellung der Entscheidung beim Berufungsgerichte einverständlich mittels Schriftsatzes den diesbezüglichen Antrag stellen, dem das Berufungsgericht stattgeben muss.

Eine gleichzeitige Anzeige beim Processgerichte erster Instanz wird zweckmäßig sein, damit die Anordnung der Tagsatzung vermieden werde.

§ 479. Wenn die Rechtssache gemäß § 478 an ein Gericht erster Instanz verwiesen wird, so hat dieses die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung von amtswegen anzuberaumen. Mit der Anberaumung der Tagsatzung ist jedoch

Digitized by Google

bis nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung des Berufungsgerichtes zu warten, wenn letzteres ausgesprochen hat, dass das Verfahren in erster Instanz erst nach eingetretener Rechtskraft der Berufungsentscheidung aufzunehmen oder fortzusetzen sei. Ein solcher Ausspruch kann von amtswegen oder auf Antrag erfolgen; gegen denselben ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

Desgleichen ist im Falle des § 474, Abs. 1 nach eingetretener Rechtskraft der Entscheidung des Berufungsgerichtes wegen Fortsetzung des Verfahrens vor dem zuständigen Berufungsgerichte von diesem das Erforderliche von amtswegen anzuordnen.

Sowohl im Falle einer Nichtigkeit als auch bei der Verweisung der Berufung an das zuständige Berufungsgericht hängt es von dem Ermessen des Berufungsgerichtes ab, den betreffenden Beschluss unanfechtbar oder anfechtbar zu erlassen, je nachdem es ausspricht, dass das Verfahren erst nach eingetretener Rechtskraft dieses Beschlusses aufzunehmen oder fortzusetzen sei (§ 519), oder diesen Ausspruch unterlässt. In zweifelhaften Fällen wird der Rechtszug zur Vermeidung größerer Kosten offen zu lassen, in unzweifelhaften Fällen zur Beschleunigung des Verfahrens auszuschließen sein.

Der Ablauf der Frist von 8 Tagen zur Stellung des Antrages auf Verhandlung der Sache vor dem Berufungsgerichte (§ 478) ist nicht abzuwarten. Sollten solche Anträge in der Praxis sich einbürgern und häufiger vorkommen, dann werden wohl die Berufungsgerichte die Acten bis zum Ablaufe dieser Frist zurückbehalten, um der zwecklosen Anordnung der Verhandlungstagsatzung in erster Instanz vorzubeugen.

Anberaumung der Berufungsverhandlung.

§ 480. Fehlt es an den Voraussetzungen für die Einholung einer Entscheidung des Berufungssenates oder wurde vom Berufungssenate die Berufungsschrift als zur Bestimmung einer Tagsatzung zur mündlichen Berufungsverhandlung geeignet befunden, so ist letztere vom Vorsitzenden des Berufungssenates so anzuberaumen, dass zwischen der Zustellung der Ladung an die Parteien und der Tagsatzung ungefähr der Zeitraum von vierzehn Tagen liegt. In dringenden Fällen kann diese Frist auch abgekürzt werden.

Die Anordnung einer Tagsatzung zur mündlichen Berufungsverhandlung hat auch dann zu erfolgen, wenn die wegen irriger Annahme einer Versäumung, wegen Unzuständigkeit des Gerichtes, wegen der Entscheidung über die Streitanhängigkeit oder Rechts-

Digitized by Google

kraft oder wegen Nichtigkeit erhobene Berufung in nicht öffentlicher Sitzung vom Berufungsgerichte verworfen wurde, in der Berufungsschrift aber auch noch andere, der mündlichen Verhandlung vorbehaltene Anfechtungsgründe geltend gemacht sind.

Haben die Parteien bereits die im Berufungsverfahren sie vertretenden Advocaten namhaft gemacht, so ist die Ladung zur mündlichen Verhandlung an letztere zu richten.

Die Anordnung der Berufungsverhandlung entfällt, wenn die Berufung in nicht öffentlicher Sitzung (§ 473) erledigt wurde oder wenn die Parteien auf die Anordnung derselben verzichten und das Gericht eine mündliche Verhandlung nicht trotzdem für nothwendig befindet (§ 492). Die Berufungsverhandlung ist vom Vorsitzenden des Berufungssenates ohne Einholung eines Senatsbeschlusses anzuordnen, wenn keiner der nach § 471 in nicht öffentlicher Sitzung zu erledigenden Berufungsgründe und Berufungsanträge zu erledigen ist und wenn auch keiner der nach § 471 von amtswegen einer Vorprüfung unterliegenden Formalmängel vorliegt.

Die Berufungsverhandlung ist vom Vorsitzenden des Senates nach Beschlussfassung des Senates in nicht öffentlicher Sitzung anzuordnen, wenn dieser Beschluss dahin geht, dass die Berufungsverhandlung anzuordnen ist oder wenn durch den in nicht öffentlicher Sitzung gefassten Beschluss wegen irriger Annahme einer Versäumung (§ 471, Z. 4), wegen Unzuständigkeit des Gerichtes über die Streitanhängigkeit und Rechtskraft (§ 471, Z. 6) oder wegen Nichtigkeit (§ 471, Z. 5) nicht alle Berufungsanträge oder Berufungsgründe erledigt worden sind. Auch wenn die Ansicht des Vorsitzenden über von amtswegen zu berücksichtigende Formalmängel vom Berufungssenate nicht getheilt wird und die Berufungsschrift sohin als zur Anordnung der mündlichen Berufungsverhandlung geeignet befunden wird, ist der betreffende Beschluss den Parteien bei Anordnung der Berufungsverhandlung in schriftlicher Ausfertigung zuzustellen (§ 427).

Die Ladefrist ist dieselbe wie für die erste Tagsatzung (§ 231). Eine Abkürzung dieser Frist wird nur unter den Bedingungen des § 129 zulässig sein. Die Anberaumung der Tagsatzung kann durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden (§ 130). Die Erstreckung der Tagsatzung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 134 ff. Nachdem für das Berufungsverfahren Anwaltszwang gilt und der Advocat die Processvollmacht vorzulegen hat (§ 30), so wird in der Regel die Ladung diesem zuzustellen sein (§ 93).

Digitized by Google

Ueber Berufungen gegen Bagatellurtheile muss binnen acht Tagen entschieden werden. Eine Verlängerung dieser Frist ist nur zulässig, wenn zur Feststellung der Nichtigkeit Erhebungen erforderlich sind (§ 148 Gesch.-O.).

§ 481. Zeigt sich schon bei Anberaumung der Tagsatzung die Nothwendigkeit, in der Berufungsverhandlung die Wahrheit einzelner in der Berufungsschrift oder in einem vorbereitenden Schriftsatze angeführter Thatsachen, auf welche die Berufung gegründet wird, festzustellen, schon in erster Instanz vorgebrachte Beweise zu wiederholen, zu ergänzen oder bisher bloß angebotene Beweise aufzunehmen, so hat der Vorsitzende des Berufungssenates die namhaft gemachten Zeugen oder die in erster Instanz einvernommenen Sachverständigen zur Berufungsverhandlung vorzuladen, die Parteien behufs ihrer eidlichen Vernehmung zum Erscheinen aufzufordern und die Herbeischaffung aller sonstigen Beweismittel zu veranlassen.

1. Der Berufungskläger muss den Gegner durch eine entsprechende Mittheilung in der Berufungsschrift (§ 467, Z. 4) in die Lage setzen, sich noch vor der Verhandlung über die Richtigkeit und die eventuellen Gegenbeweise zu informieren, und auch der Berufungsbeklagte kann sich ohne solche vorgängige Mittheilung bei der Verhandlung zur Widerlegung der Anfechtungsgründe weder neuer Behauptungen noch neuer Beweise bedienen (§ 468, Abs. 2). Durch § 482 wird alles nicht rechtzeitig mitgetheilte neue Vorbringen von der Verhandlung ausgeschlossen und schließlich ist es dem Vorsitzenden der Berufungsverhandlung zur Pflicht gemacht, dafür zu sorgen, dass bei der Berufungsverhandlung das gesammte zur Erledigung der Berufungsanträge voraussichtlich nothwendige Beweismateriale dem Gerichte zur Verfügung steht, um nicht wegen einer Beweisaufnahme eine Vertagung vornehmen zu müssen (Regierungsmotive, S. 306).

2. Außer in der Berufungsschrift (§ 467) und in der Berufungsbeantwortung (§ 468) wird jede Partei in einem besonderen vorbereitenden Schriftsatze (§ 258) die Berufungsanträge und Berufungsgründe ändern und innerhalb der zulässigen Grenzen (§ 482) Thatumstände und Beweise vorbringen können, da die Berufungsanträge und Berufungsgründe nur in der mündlichen Berufungsverhandlung nicht mehr geändert werden dürfen (§ 483).

Die Beweisaufnahme vor dem Berufungsgerichte ist nicht auf die zur Darthuung der Berufungsgründe angebotenen Beweise (§ 482) beschränkt, sondern kann auch die Wiederholung von in erster Instanz aufgenommenen Beweisen (§ 344), die Er-

Digitized by Google

gänzung (§ 286) solcher Beweise und die Aufnahme der in erster Instanz nicht zugelassenen, insbesondere der kraft richterlicher Souveränität in erster Instanz ausgeschlossenen Beweise (§ 279) zum Gegenstande haben.

Ein Sachverständigenbeweis kann unter Beiziehung der in erster Instanz vernommenen Sachverständigen (§ 481) oder anderer Sachverständiger (§ 488) wiederholt werden. Die Beweisaufnahme kann unmittelbar oder auch durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen (§ 488) und ist von einem Beweisbeschlusse abhängig (§ 277), weshalb aus den bei § 181, Anm. 1, angeführten Gründen die Beschlussfassung des Senates einzuholen räthlich sein dürfte, ehe zur Ladung von Zeugen, Sachverständigen und Parteien geschritten wird. Die Ladung selbst hat durch den Vorsitzenden zu erfolgen (§ 288).

Findet eine mündliche Berufungsverhandlung nicht statt (§ 492), so hat der Vorsitzende für die Herbeischaffung der in erster Instanz vorgelegenen, den Parteien rückgestellten Urkunden und Augenscheinsgegenstände zu sorgen, wenn dies die erste Instanz versäumt hat. Der Vorsitzende des Berufungssenates hat überhaupt die processleitenden Befugnisse der §§ 180 ff.

3. Die mündliche Berufungsverhandlung kann ausgesetzt werden, wenn bezüglich des angefochtenen Urtheiles erster Instanz eine Urtheilsergänzung oder Thatbestandsberichtigung im Zuge ist (§ 485). Es wird sich zur Vermeidung von Tagsatzungserstreckungen empfehlen, wenn der diesbezügliche Beschluss noch vor Anordnung der mündlichen Berufungsverhandlung gefasst wird. Die Unterbrechung des Berufungsverfahrens wegen einer Wiederaufnahmsklage (§ 544) hat das für diese zuständige Gericht zu verfügen und dem Berufungsgerichte anzuzeigen.

Mündliche Berufungsverhandlung.

§ 482. In der Verhandlung vor dem Berufungsgerichte darf mit Ausnahme des Anspruches auf Erstattung der Kosten des Berufungsverfahrens weder ein neuer Anspruch, noch eine neue Einrede erhoben werden.

Thatumstände und Beweise, die nach Inhalt der erstrichterlichen Processacten und des Urtheilsthatbestandes in erster Instanz nicht vorgekommen sind, dürfen von den Parteien im Berufungsverfahren nur zur Darthuung oder Widerlegung der geltend gemachten Berufungsgründe vorgebracht werden; auf solches neues Vorbringen darf überdies nur dann Rücksicht genommen werden, wenn es vorher im Wege der Berufungsschrift oder mittels vorbereitenden Schriftsatzes (§ 468) dem Gegner mitgetheilt wurde.

Digitized by Google

1. Das Berufungsgericht hat nicht zu sagen, ob das Urtheil überhaupt, sondern ob es mit Rücksicht auf das in erster Instanz von beiden Seiten Vorgebrachte richtig sei; in Bezug auf das Material, welches das Berufungsgericht für die Kritik der angefochtenen Entscheidung verwenden darf, ist es gebunden (Sach- und Streitgegenstand des Verfahrens erster Instanz), nicht aber in der Beurtheilung und Verwertung dieses Materials. Und die Begrenzung des rechtlichen Processtoffes durch Verhandlungsprotokoll und Urtheilsthatbestand soll auch nicht den Sinn haben, dass das Berufungsgericht das zur Ueberprüfung heranzuziehende Material just in der Gestalt hinnehmen müsse, die es in dem Verhandlungsprotokolle und im Urtheilsthatbestand angenommen hat, in der trockenen, schriftlichen Fixierung. Im Gegentheil, der Stoff der erstinstanzlichen Verhandlung soll dem Berufungsgerichte in der vollen Lebendigkeit seiner mündlichen Entwicklung durch die Parteien entgegentreten können, nur dass durch jene nebenhergehenden schriftlichen Aufzeichnungen eine Entwicklung des Verhandlungsstoffes über die Grenzen der Reproduction des erstinstanzlichen Vorbringens gehindert wird. In dieser Begrenzung liegt die Function von Verhandlungsprotokoll und Urtheilsthatbestand, nicht wollen sie dem Berufungsverfahren eine schriftliche Grundlage aufzwingen (Regierungsmotive, S. 306).

2. Mit Ausnahme des Anspruches auf Erstattung der Processkosten, der schon durch rechtzeitige Einlegung des Kostenverzeichnisses (§ 52) erhoben wird, ist jede Aenderung der Klage (§ 483), jeder neue Anspruch (§ 235), auch der Zwischenantrag auf Feststellung (§§ 236, 259), ebenso eine Widerklage (§ 233) oder eine in erster Instanz nicht vorgebrachte Einrede, Replik, Duplik, endlich der Antrag auf Leistung eines Entschädigungsbetrages (§ 408) ausgeschlossen.

Das Vorbringen von Thatumständen und Beweisen, welche in den Processacten, also den Protokollen, deren Beilagen und den vorbereitenden Schriftsätzen und in dem Urtheilsthatbestande vorkommen, ist unbeschränkt. Neuerungen sind nur dann zulässig, wenn sie in den vorbereitenden Berufungsacten (Berufungsschrift, Berufungsbeantwortung) enthalten sind und dem Gegner mitgetheilt wurden, und wenn sie zur Darthuung oder Widerlegung der Berufungsgründe (§ 467) dienen sollen. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn das Urtheil wegen Nichtigkeit oder wegen mangelhaften Verfahrens angefochten wird oder wenn ein Widerspruch gegen die thatsächlichen Feststellungen vorliegt (§ 498).

Dagegen handelt es sich nicht um die Darthuung oder Widerlegung des Berufungsgrundes, wenn die in erster Instanz

Digitized by Google

als nicht erwiesen oder als erwiesen angenommenen Thatsachen durch Vorbringung neuer Beweise oder neuer Gegenbeweise erhärtet oder entkräftet werden sollen, wenn z. B. neue, in erster Instanz nicht geführte Zeugen zur Bestätigung der rechtserzeugenden oder rechtsaufhebenden Thatsache geführt werden, deren Einvernahme vielleicht schon in erster Instanz zu einer anderen Entscheidung geführt hätte. Eine Ergänzung des für die Entscheidung der Hauptsache in Betracht kommenden Sachverhaltes in der Berufungsinstanz ist unzulässig (Schuster von Bonnott, S. 471), es wäre denn, dass die Bedingungen des § 496 vorliegen.

§ 483. In der mündlichen Verhandlung dürfen die Berufungsanträge ohne Einwilligung des Gegners weder erweitert, noch durch andere ersetzt werden. Das Gleiche gilt von den in der Berufungsschrift angegebenen Berufungsgründen.

Diese Einwilligung ist als vorhanden anzusehen, wenn der anwesende Gegner, ohne gegen die Aenderung Einsprache zu erheben, über die abgeänderten Anträge oder über die neu geltend gemachten Berufungsgründe verhandelt.

Eine Aenderung der dem angefochtenen Urtheile zugrunde liegenden Klage ist selbst mit Einwilligung des Gegners nicht zulässig.

1. Die Einwilligung des Gegners in eine Aenderung der Berufungsanträge oder Berufungsgründe (§ 467, Anm. 3) kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.

Die stillschweigende Einwilligung liegt vor, wenn der Gegner bei der Berufungsverhandlung erscheint und verhandelt, ohne gegen die Aenderung ausdrücklich Einsprache zu erheben. Erscheint der Gegner nicht oder erhebt er Einsprache, so ist die Aenderung unzulässig.

Eine Einschränkung der Berufung wird jedoch zulässig sein.

2. Auch solche Aenderungen der Klage, welche nach § 235 nicht als Klageänderung gelten, Aenderungen und Berichtigungen der thatsächlichen Angaben und der angebotenen Beweise, die Forderung eines anderen Gegenstandes oder des Interesses statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes sind im Berufungsverfahren unzulässig. Die Zurücknahme der Klage ist nach § 237 nur mit Zustimmung des Beklagten möglich. Eine Einschränkung des Klagebegehrens ohne Aenderung des Klagegrundes dürfte als Verzicht (§ 394) auch im Berufungsverfahren zulässig sein. Nachdem eine Zu-

Digitized by Google

stimmung des Beklagten keine Wirksamkeit hat, ist eine Klageänderung von amtswegen nicht zu gestatten.

§ 484. Die Zurücknahme der Berufung ist bis zum Schlusse der mündlichen Berufungsverhandlung zulässig. Sie kann bei der mündlichen Verhandlung erklärt werden oder mittels Ueberreichung eines Schriftsatzes beim Berufungsgerichte erfolgen. Wird der Schriftsatz noch vor Beginn der mündlichen Berufungsverhandlung überreicht, so kann das Berufungsgericht anordnen, dass es von der anberaumten Tagsatzung abzukommen habe.

Die Zurücknahme hat nebst dem Verluste des Rechtsmittels auch die Verpflichtung zur Folge, die durch das Rechtsmittel entstandenen und insbesondere auch alle hiedurch dem Gegner verursachten Kosten zu tragen.

Ueber die Verpflichtung zum Kostenersatze ist vom Berufungsgerichte durch Beschluss zu entscheiden. Der Antrag ist bei sonstigem Ausschlusse bei der mündlichen Berufungsverhandlung, wenn aber die zur Berufungsverhandlung anberaumte Tagsatzung gemäß Abs. 1 nicht abgehalten wurde, innerhalb acht Tagen nach Verständigung des Berufungsgegners von der Zurücknahme der Berufung zu stellen.

1. Während die Zurücknahme der Klage ohne Zustimmung des Beklagten nur bis zur ersten Tagsatzung zulässig ist (§ 237), kann die Zurücknahme der Berufung bis zum Schlusse der mündlichen Berufungsverhandlung erfolgen. Wird über die Berufung ohne mündliche Verhandlung entschieden (§§ 473, 492), so wird die Zurücknahme der Berufung bis zur Abgabe der schriftlichen Abfassung der Entscheidung (§ 416) zulässig sein.

Nach § 60 ist das vom Kläger eingelegte Rechtsmittel über Antrag des Beklagten für zurückgezogen zu erklären, wenn die Frist zum Erlage der Sicherheitsleistung für die Processkosten fruchtlos abgelaufen ist.

Die Zurücknahme hat in der mündlichen Berufungsverhandlung durch Erklärung, sonst durch einen Schriftsatz (§ 74) zu erfolgen, der von einem Advocaten gefertigt sein muss und bei dem Berufungsgerichte zu überreichen ist, auch wenn diesem die Acten noch nicht vorliegen.

Die Zurücknahme der Berufung ist unwiderruflich. Der Verlust des Rechtsmittels tritt ein, auch wenn die Nothfrist zur Erhebung der Berufung noch nicht abgelaufen ist und daher eine neuerliche Erhebung an sich zulässig wäre. Eine neuerliche Berufung ist als unzulässig zu verwerfen (§ 474).

2. Der Beschluss über den Ersatz der Kosten, der nach § 519 unanfechtbar ist, kann nur über Antrag des Gegners

Digitized by Google

erfolgen. Der in einer etwa überreichten Berufungsbeantwortung gestellte Antrag auf Abweisung der Berufung und Kostenersatz genügt nicht; es muss ein besonderer Antrag gestellt oder das Kostenverzeichnis vorgelegt werden (§ 52).

§ 485. Die Verhandlung über die Berufung gegen ein Urtheil, dessen Ergänzung gemäß § 423 beantragt wurde, kann auf Antrag ausgesetzt werden, bis entweder das Ergänzungsurtheil ohne Berufung in Rechtskraft erwachsen oder auch die Berufung gegen das Ergänzungsurtheil an das Berufungsgericht gelangt ist. Im letzteren Falle ist die Verhandlung über beide Berufungen zu verbinden.

Desgleichen kann die Berufungsverhandlung auf Antrag bis zur Entscheidung über eine begehrte Berichtigung des Urtheilsthatbestandes (§ 420) ausgesetzt werden, sofern die geforderte Berichtigung auf die Beurtheilung der Berufung von Einfluss sein könnte.

Zu vergleichen die Motive bei § 424.

Der zweite neue Absatz wurde hinzugefügt, um zu verhindern, dass nicht während der in erster Instanz anhängigen Thatbestandsberichtigung, durch welche erst das richtige Substrat für die Berufungsverhandlung geboten werden soll, die Berufungsverhandlung ihren Fortgang nimmt, oder gar auf Grund des unvollständigen oder unrichtigen Thatbestandes eine Berufungsentscheidung erfolge.

Die Aussetzung der Berufungsverhandlung hat nicht die Rechtswirkungen der Unterbrechung (§ 163). Tritt eine Unterbrechung während des Berufungsverfahrens ein, so gelten die allgemeinen Bestimmungen der §§ 155 ff. Auch das Berufungsgericht wird berechtigt sein, eine Unterbrechung des Verfahrens infolge eines Wiedereinsetzungsantrages (§ 152), eines präjudiciellen Rechtsstreites (§ 190), eines Strafverfahrens (§ 191) zu verfügen.

Ein Ruhen des Verfahrens können die Parteien auch im Berufungsverfahren vereinbaren (§ 168). Das Ausbleiben der Parteien von der Berufungsverhandlung hat jedoch das Ruhen des Verfahrens nicht zur Folge (§ 491).

§ 486. Die mündliche Berufungsverhandlung beginnt nach dem Aufrufe der Sache mit dem Vortrage eines Mitgliedes des Berufungssenates als Berichterstatter.

Derselbe hat mit Hilfe der Processacten den Sachverhalt und den bisherigen Gang des Rechtsstreites, soweit dies zum Verständnisse der Berufungsanträge und zur Prüfung der

Digitized by Google

Richtigkeit des angefochtenen Urtheiles und der Berufungsgründe erforderlich ist, dann das Wesentliche der von den Parteien im Berufungsverfahren erstatteten Schriften darzulegen und die sich daraus ergebenden Streitpunkte zu bezeichnen. Der Vortragende darf seine Ansicht über die zu fällende Entscheidung nicht äußern.

Sodann sind die Anträge der Parteien und der durch die Berufung getroffene Theil des erstrichterlichen Urtheiles sammt den Entscheidungsgründen, und wenn es der Vorsitzende oder der Berufungssenat für zweckdienlich erachten, auch die bezüglichen Theile des Verhandlungsprotokolles erster Instanz durch den Schriftführer vorzulesen.

Hierauf werden die Parteien mit ihren Vorträgen gehört. Stimmt der Vortrag einer Partei mit dem Inhalte der Processacten nicht überein, so hat der Vorsitzende darauf aufmerksam zu machen.

Auf die mündliche Berufungsverhandlung finden die allgemeinen Vorschriften über das Verfahren vor Gerichtshöfen erster Instanz (§ 463), insbesondere die Vorschriften über die Oeffentlichkeit (§§ 171 ff.), über die Processleitung (§§ 180 ff.) und die Sitzungspolizei (§§ 197 ff.) Anwendung.

Die von dem Berufungssenate gefassten Beschlüsse processleitender Natur sind unanfechtbar (§ 519). Der Vortrag des Berichterstatters wird sich ähnlich wie nach einem vorbereitenden Verfahren (§ 262) gestalten. Dem Berichterstatter sind die Acten mit der Bemerkung „Berichterstatter“ zu übersenden. Derselbe soll sich eine Zusammenstellung aller für seinen Bericht wichtigen Daten anlegen; es ist nicht verpflichtet, eine schriftliche Sachverhaltsdarstellung oder eine schriftliche Uebersicht über die streitigen Rechtsfragen und deren Lösung zu liefern (§ 122 Gesch. O.). Die Vorträge der Parteien dürfen nicht abgelesen werden (§ 177). Außer auf Abweichungen hat der Vorsitzende auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der von amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten (§ 182).

§ 487. Der Antrag auf Ablehnung der Zuständigkeit des Berufungsgerichtes kann im Berufungsverfahren nur in dem Falle gestellt werden, wenn das Einschreiten eines die Handels- oder Seegerichtsbarkeit oder die Gerichtsbarkeit in Angelegenheiten des Bergbaues ausübenden Berufungsgerichtes erwirkt oder abgelehnt werden soll. Zur Erwirkung des Einschreitens eines solchen Berufungsgerichtes kann dieser Antrag nur dann, wenn der im § 446 bezeichnete Beisatz in das Urtheil erster Instanz aufgenommen wurde, zur Ablehnung des Einschreitens eines

Digitized by Google

solchen Berufungsgerichtes aber nur dann gestellt werden, wenn das Urtheil erster Instanz den im § 446 bezeichneten Beisatz nicht enthält. Auch kann im ersteren Falle der Antrag von derjenigen Partei nicht gestellt werden, welche sich gegen die Aufnahme eines solchen Beisatzes in das erstrichterliche Urtheil erklärt hat.

Der Antrag auf Ablehnung der Zuständigkeit des Berufungsgerichtes ist bei sonstigem Ausschlusse sogleich nach Beendigung des die Berufungsverhandlung einleitenden Vortrages des Berichterstatters zu stellen; über diesen Antrag ist ohne Aufschub vor Aufnahme der Verhandlung über die Berufung zu verhandeln und zu entscheiden.

Wird dem Antrage auf Ablehnung der Zuständigkeit des Berufungsgerichtes stattgegeben, so hat dieses Gericht seine Unzuständigkeit durch Beschluss auszusprechen. Nach eingetretener Rechtskraft des Beschlusses ist das Berufungsverfahren vor dem zuständigen Berufungsgerichte fortzusetzen. Dieses Gericht ist in einem solchen Falle an die hinsichtlich der Art der auszuübenden Gerichtsbarkeit gefällte Entscheidung gebunden.

Bei Verwerfung des Antrages ist die Berufungsverhandlung sogleich aufzunehmen und durchzuführen. Die Entscheidung über den Antrag ist in diesem Falle nicht besonders auszufertigen, sondern in die in der Hauptsache ergehende Entscheidung des Berufungsgerichtes aufzunehmen.

1. Die Frage ist mit Berücksichtigung der Vorschriften des § 446 über die Aufnahme eines die besondere Gerichtsbarkeit (in Handels-, See- oder Bergrechtssachen) ausdrückenden Beisatzes zu erörtern.

Mit Rücksicht auf die Bemerkungen zu § 471 (Anm. 1—4) wird ein Antrag auf Ablehnung der Zuständigkeit des Berufungsgerichtes nur dann zulässig sein, wenn der Berufungswerber entgegen der Vorschrift des § 3 J. N. die Berufung gegen ein in Ausübung der besonderen Gerichtsbarkeit gefälltes und als solches bezeichnetes Urtheil nicht an das Handelsgericht, den Handels- oder Bergsenat, oder gegen ein nicht derart bezeichnetes Urtheil an das Handelsgericht, den Handels- oder Bergsenat gerichtet hat, wenn außerdem die von dem Bezirksgerichte zur Behebung dieses Mangels unternommenen Schritte erfolglos geblieben sind, die Berufung sohin dem in derselben bezeichneten Gerichte vorgelegt werden musste (§ 467, Anm. 2) und wenn endlich auch das Berufungsgericht sich nicht veranlasst fand, im Sinne des § 471, Z. 1, seine Unzuständigkeit auszusprechen.

Digitized by Google

Hat das Berufungsgericht in Ausübung der allgemeinen Gerichtsbarkeit die Berufungsverhandlung über ein mit dem Beisatze der besonderen Gerichtsbarkeit versehenes Urtheil eingeleitet, so kann jene Partei, über deren Antrag dieser Beisatz aufgenommen wurde, die Einwendung erheben.

Hat das Berufungsgericht in Ausübung der besonderen Gerichtsbarkeit die Berufungsverhandlung über ein Urtheil angeordnet, das den die besondere Gerichtsbarkeit ausdrückenden Beisatz nicht enthält, so kann jede der beiden Parteien die Einwendung erheben.

Dr. Katz (S. 100) ist der Ansicht, dass § 487 auf einem Redactionsfehler zu beruhen scheint.

2. Dem Ermessen des Berufungsgerichtes ist es überlassen, durch die mittels abgesonderten Rechtsmittels nicht anfechtbare Aufnahme des Beisatzes, dass das Verfahren erst nach eingetretener Rechtskraft der Berufungsentscheidung fortzusetzen sei, den Recurs gegen seinen Beschluss zuzulassen. Sonst ist der Beschluss des Berufungsgerichtes unanfechtbar (§ 519). Die sachliche Zuständigkeit (§ 46 J. N.) darf von dem Berufungsgerichte, an welches die Sache abgegeben wurde, nicht mehr geprüft werden. Die Verhandlung ist von amtswegen anzuberaumen (§ 479).

Eine abgesonderte Verhandlung über die Unzuständigkeit ist nicht zulässig. Die Verhandlung zur Hauptsache ist nach Abweisung des Antrages sofort aufzunehmen. In diesem Falle kann der Beschluss über den Antrag nur mit dem gegen die Entscheidung in der Hauptsache zustehenden Rechtsmittel angefochten werden (§ 261).

§ 488. Der Berufungssenat kann nicht bloß die zur Unterstützung oder Bekämpfung der Berufungsgründe dienenden Beweise aufnehmen, sondern, wenn dies behufs Entscheidung über die Berufungsanträge nothwendig erscheint, auch eine bereits in erster Instanz erfolgte Beweisaufnahme wiederholen oder ergänzen, und im erstrichterlichen Verfahren von den Parteien erfolglos angebotene Beweise nachträglich aufnehmen.

Der Berufungssenat kann im letzteren Falle, sowie wenn ein Augenschein ergänzt werden soll, das Beweisverfahren nach den für dasselbe in erster Instanz geltenden Vorschriften selbst durchführen oder die Beweisaufnahme durch einen beauftragten oder ersuchten Richter vornehmen lassen.

Wurde in erster Instanz ein Sachverständigenbeweis geführt, so kann der Berufungssenat denselben unter Bestellung anderer Sachverständiger neuerlich vornehmen lassen.

Digitized by Google

1. Das Berufungsgericht kann nicht bloß die zur Unterstützung oder Bekämpfung der Berufungsgründe angebotenen Beweise (§ 482), sondern auch nicht angebotene, aber obigen Zwecken dienende Beweise aufnehmen und es steht ihm außerdem gemäß § 183 die Befugnis zu, von amtswegen die Parteien zum persönlichen Erscheinen aufzufordern, die Vorlage oder Herbeischaffung von Urkunden, Acten, Auskunftssachen oder Augenscheinsgegenständen zu verfügen, die Vornahme eines Augenscheins, die Begutachtung durch Sachverständige und die Einvernahme von Zeugen zu beschließen. Der Berufungssenat soll nämlich nach der Ansicht des Ausschusses nicht bloß die Beweise aufnehmen können, welche die Parteien vorbringen können, sondern auch diejenigen Beweise, welche die Partei nicht mehr vorbringen kann, die aber der Richter zur Aufklärung der Sache für dienlich hält und welche er im Rahmen der ihm durch den § 183 gewährten Befugnisse anzuordnen berechtigt ist (Motive des Ausschusses, S. 48). Diese Befugnis steht ihm aber immer nur innerhalb der für das Berufungsverfahren im § 482 gezogenen Grenzen, nur zur Aufklärung der geltend gemachten Berufungsgründe zu.

Eine Ergänzung der für die Entscheidung der Hauptsache in Betracht kommenden Beweise durch Aufnahme von Beweisen, die in erster Instanz nicht angeboten wurden, ist unzulässig. Für die Benützung solcher neuer Thatsachen und Beweismittel ist der Weg der Wiederaufnahmsklage (§ 530) der allein zulässige und das Berufungsgericht würde seine Aufgabe verkennen, wenn es in Ausübung seiner Processleitungsbefugnis solche neue Beweise zulassen würde, bei welchen es an den Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Wiederaufnahmsklage fehlt, welche die Partei aus Verschulden in erster Instanz nicht angeboten hat.

2. Die Wiederholung oder Ergänzung einer bereits in erster Instanz erfolgten Beweisaufnahme (§ 286) kann nur vom Berufungssenate — nicht vom Vorsitzenden — beschlossen werden. Ein in erster Instanz aufgenommener Sachverständigenbeweis kann unter Beiziehung der in erster Instanz einvernommenen Sachverständigen (§ 481) oder unter Bestellung anderer Sachverständiger wiederholt werden. Der Ausschuss war der Meinung, den Berufungsrichter in dieser Hinsicht, was die Processleitung anbelangt, dem Richter erster Instanz gleichzustellen (Motive des Ausschusses, S. 48). Die von der Partei in erster Instanz erfolglos angebotenen Beweise sind in den Urtheilsthatbestand aufzunehmen (§ 417).

3. Was das Verfahren bei der Beweisaufnahme und die Beweisaufnahme betrifft, so gelten die allgemeinen Vorschriften

Digitized by Google

der §§ 266 ff. Insbesondere wird die Beweisaufnahme in der Regel (§§ 276, 300, 328, 352, 368) vor dem Berufungsgerichte zu erfolgen haben. Nur bezüglich der in erster Instanz kraft richterlicher Souveränität abgelehnten Beweise und bezüglich der Ergänzung eines Augenscheines kann das Berufungsgericht auch bei Abgang der für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Bedingungen die Beweisaufnahme einem beauftragten (Mitglied des Berufungssenates) oder ersuchten Richter übertragen, ohne bezüglich des ersuchten Richters an das Processgericht erster Instanz gebunden zu sein.

Das Ergebnis einer nicht vor dem Berufungsgerichte erfolgten Beweisaufnahme wird einen Theil des Vortrages des Berichterstatters (§ 486) bilden.

Gegen die von dem Berufungsgerichte im Beweisverfahren erlassenen Beschlüsse ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 519).

§ 489. Wurde eine Partei in erster Instanz unter Eid einvernommen, so kann über dieselbe Thatsache die eidliche Abhörung der Gegenseite vom Berufungsgerichte nicht angeordnet werden.

Wird vom Berufungssenate die neuerliche eidliche Einvernehmung einer bereits in erster Instanz eidlich abgehörten Partei angeordnet, so ist dieselbe unter Erinnerung an den in erster Instanz abgelegten Eid zu vernehmen.

Das Berufungsgericht kann die eidliche Vernehmung einer Partei, welche in erster Instanz die Vernehmung oder die eidliche Aussage verweigert hat, nur dann anordnen, wenn es die Ueberzeugung gewonnen hat, dass die Partei genügende Gründe hatte, die Vernehmung zu verweigern, und dass diese Gründe seither weggefallen sind.

Nachdem die Vernehmung der Parteien auch von amtswegen angeordnet werden kann (§ 371), ist das Berufungsgericht in der Benützung dieses Beweismittels nur insoweit beschränkt, als die eidliche Vernehmung der Partei über dieselben Thatsachen, über welche die andere Partei in erster Instanz unter Eid ausgesagt hat (§ 377) unzulässig ist, und als die eidliche Vernehmung einer Partei, welche in erster Instanz die unbeeidete Vernehmung oder die eidliche Aussage verweigert hat (§ 381) nur unter der doppelten Voraussetzung zulässig ist, dass diese Partei genügende Gründe hatte (§ 381, Anm. 2), die Vernehmung zu verweigern und dass diese Gründe seither entfallen sind.

Sonst gelten für die Zulässigkeit und für das Verfahren die allgemeinen Vorschriften der §§ 371 ff. mit der einzigen Ausnahme, dass eine bereits in erster Instanz eidlich abgehörte

Digitized by Google

Partei nicht neuerlich zu beeiden, sondern an den bereits abgelegten Eid, zugleich aber an die Pflicht zur Angabe der Wahrheit, an die Heiligkeit und Bedeutung des Eides, sowie an die strafrechtlichen Folgen eines falschen Eides zu erinnern und dies in dem Protokolle zu bemerken ist (§ 377). Der Ausschuss ging von der Ansicht aus, dass bei Zulassung und Durchführung dieses Beweismittels in zweiter Instanz eine noch größere Vorsicht anzuwenden sein wird, als in erster Instanz (Motive des Ausschusses, S. 48).

§ 490. Das Berufungsgericht hat auf Antrag noch vor Entscheidung über die Berufung durch Beschluss auszusprechen, inwieweit das Urtheil der unteren Instanz als nicht angefochten zur Execution geeignet ist. Gegen diesen Beschluss ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

Dieser Beschluss ist jedoch zur Erwirkung der Execution nicht nothwendig (§ 466).

§ 491. Im Falle des Ausbleibens einer oder beider Parteien ist über die Berufung dennoch zu verhandeln und mit Berücksichtigung des in der Berufungsschrift und einem etwa überreichten vorbereitenden Schriftsatze (§ 468) Vorgebrachten zu entscheiden. Ob ein neues Vorbringen (§ 482, Abs. 2) als zugestanden oder als bestritten anzusehen sei, hat das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des Thatbestandes des angefochtenen Urtheiles und aller sonstigen Processacten erster und zweiter Instanz zu entscheiden.

Die Abwesenheit einer Partei vom Berufungsverfahren hat für dieselbe keinen Nachtheil. Es darf in Berufungssachen kein Contumazialverfahren geben, um der an der Verhandlung nicht interessierten Partei die ihren Interessen besser entsprechende Passivität zu ermöglichen. Insbesondere begründet das Ausbleiben nicht die Annahme eines Zugeständnisses der neuen Umstände, welche vom Gegner der nicht erschienenen Partei nach entsprechender vorgängiger Anzeige bei der Berufungsverhandlung vorgebracht werden. Auch diesem Vorbringen gegenüber gilt die Regel des § 267 (Regierungsmotive, S. 303).

Verhandelt die erschienene Partei ungeachtet richterlicher Aufforderung nicht oder entfernt sie sich wieder, so gilt sie als ausgeblieben (§ 130). Ob gegen eine durch richterlichen Ausspruch von der Verhandlung entfernte Partei wie gegen eine ausgebliebene Partei verfahren werden soll, ist vom Gerichte über Antrag zu beschließen (§ 198).

Digitized by Google

Die Berufungsanträge und Berufungsgründe können bei dem Ausbleiben des Berufungsgegners von der mündlichen Berufungsverhandlung weder erweitert noch durch andere ersetzt werden (§ 483).

Wenn die Berufungsschrift oder Berufungsbeantwortung der nicht erschienenen Partei Rechtsausführungen und Darlegungen über Thatsachen und Beweise enthält, so sind dieselben nur dann zu beachten und beim Kostenzuspruche zu berücksichtigen, wenn diese Partei auf die Ladung zur Verhandlung verzichtet hat (§ 492).

• *§ 492. Die Parteien können auf die Anordnung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung über die Berufung verzichten. Der Verzicht ist wirksam, wenn er von den Parteien in der Berufungsschrift oder durch einen dem Processgerichte erster Instanz oder dem Berufungsgerichte überreichten Schriftsatz ausdrücklich erklärt wurde. In diesem Falle kann die Berufungsschrift auch Rechtsausführungen und Darlegungen über Thatsachen und Beweise (§ 78, letzter Abs.) enthalten.*

Die Entscheidung über die Berufung erfolgt dann in nicht öffentlicher Sitzung ohne vorhergehende mündliche Verhandlung. Das Gericht kann jedoch, wenn dies im einzelnen Falle erforderlich erscheint, eine mündliche Verhandlung anordnen.

1. Es kann von beiden Theilen einverständlich auf die Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung mit der Folge verzichtet werden, dass das Berufungsgericht sodann auf Grund der Processacten ohne mündliche Verhandlung über die Berufung entscheidet.

Die Befugnisse, welche dem Berufungsgerichte durch den Entwurf zum Zwecke der Erledigung der Berufungsanträge eingeräumt werden, erfahren durch einen solchen Verzicht der Parteien selbstverständlich keine Minderung; der Ausfall der mündlichen Verhandlung hat auf das Meritum des Berufungsverfahrens keinen Einfluss. Außerdem kann jede der Parteien für sich allein von der Berufungsverhandlung ausbleiben, insbesondere der Berufungskläger von vorneherein erklären, dass er für seine Person auf die Theilnahme an der Berufungsverhandlung verzichte.

Hier wird zwar zunächst Tagsatzung anberaumt werden müssen, aber entweder wird an derselben nur der Gegner theilnehmen oder es wird auch dieser, wenn er von dem Entschlusse des Berufungsklägers verständigt worden, seinerseits die Entsendung eines Vertreters zur Berufungsverhandlung überflüssig erachten (Regierungsmotive, S. 303). Ob der einseitig auf die mündliche Verhandlung verzichtende Berufskläger im Falle der

Digitized by Google

Anberaumung der Berufungsverhandlung bei derselben dennoch erscheinen und verhandeln könne, ist im Gesetze nicht ausgesprochen. Es wird daher vorsichtig sein, einen einseitigen Verzicht von der Zustimmung des Gegners abhängig zu machen, um im gegebenen Falle des Einflusses des gesprochenen Wortes nicht einseitig verlustig zu gehen. Auch werden beide Streittheile die Urschriften der Urkunden und die Auskunftssachen, welche in erster Instanz vorlagen, dem Berufungsgerichte mit den Berufungsschriften oder mit besonderen Schriftsätzen vorzulegen haben, wofür schon die erste Instanz zu sorgen hat (§ 287 Gesch.-O.).

2. Selbst wo es sich lediglich um die Bekämpfung der Rechtsanwendung des ersten Richters handelt, müsste der Berufungskläger fast immer an der Berufungsverhandlung theilnehmen, wenn das im § 78 für vorbereitende Schriftsätze ausgesprochene Verbot von Rechtsausführungen für die Berufungsschrift aufrecht bleiben würde; er hätte solchenfalls kein anderes Mittel als die mündliche Ausführung, um dem Berufungsgerichte seine abweichende Rechtsauffassung und diejenigen Argumente darzulegen, welche zur Unterstützung dieser Auffassung oder zur Widerlegung des erstrichterlichen Urtheiles dienen. Dem entspricht die Bestimmung des § 492, die sich strenge an das Maß des Nothwendigen haltend, das fragliche Verbot nur für den Fall aufhebt, als der Berufungskläger auf die Anordnung einer mündlichen Verhandlung verzichtet (Regierungsmotive, S. 303).

3. Es muss dem Berufungsgerichte ausnahmslos in allen Fällen freistehen, trotz dieses Verzichtes eine mündliche Verhandlung anzuordnen, wenn es eine solche für nöthig findet, um den Process entscheiden zu können. Die Rücksicht auf die Verminderung der Kosten, welche dem Entwurfe der Regierung die Idee gegeben hat, ein facultatives schriftliches Verfahren zuzulassen, kann nicht so weit ausgedehnt werden, die Mündlichkeit dort auszuschließen, wo sie als ein Mittel zur besseren Erforschung der Streitsache von dem Richter als nothwendig erkannt wird (Motive des Ausschusses, S. 47). Da jedoch die Parteien ohne Rechtsnachtheil von der mündlichen Verhandlung ausbleiben können, so wird von diesem Mittel nur in ganz ausnahmsweisen Fällen Gebrauch zu machen sein.

§ 493. In das Protokoll über die mündliche Berufungsverhandlung ist der Inhalt des thatsächlichen Vorbringens und der Beweisanbietungen der Parteien nur insoweit aufzunehmen, als derselbe von den Angaben der erstrichterlichen Processacten über den Verhandlungsinhalt abweicht.

Digitized by Google

Wenn die mündliche Berufungsverhandlung bei einer Tagsatzung durchgeführt und zum Abschlusse gebracht wird, kann die Darstellung des auf den Sachverhalt sich beziehenden Parteienvorbringens dem Urtheilsthatbestande (§ 417, Z. 4) vorbehalten werden. Im Verhandlungsprotokolle sind dann nur die in §§ 207 und 208 bezeichneten Umstände und Erklärungen zu beurkunden. Anträge auf Berichtigung der in den Urtheilsthatbestand aufgenommenen Angaben über das thatsächliche oder Beweisvorbringen der Parteien sind binnen acht Tagen nach Zustellung des Urtheiles beim Berufungsgerichte zu stellen (§ 420).

Für die Protokollierung gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 207 ff. und die besonderen Vorschriften des § 265 für das Verfahren vor Gerichtshöfen. Kann eine Verhandlung nicht an einem Tage zu Ende geführt werden, so ist bei jeder einzelnen Tagsatzung das während derselben Vorgebrachte besonders zu protokollieren (§ 445, Anm. 1).

Bei Darstellung des Thatbestandes im Urtheile des Berufungsgerichtes ist eine Bezugnahme auf das erstrichterliche Urtheil nicht ausgeschlossen (§ 500).

Die Protokollierung und der Urtheilsthatbestand kann sich daher im Berufungsverfahren auf die Abweichungen von dem Verhandlungsinhalt und Urtheilsthatbestand erster Instanz beschränken.

Die Berichtigung des Thatbestandes richtet sich nach den für das Gerichtshofverfahren im § 420 gegebenen Vorschriften. Außerdem ist die Berichtigung des Urtheiles nach § 419, 421 auch im Berufungsverfahren zulässig.

Berufungsentscheidung.

§ 494. Ueberzeugt sich das Gericht aus Anlass einer Berufungsverhandlung, dass das angefochtene Urtheil oder das Verfahren in erster Instanz an einer bisher unbeachtet gebliebenen Nichtigkeit leide, so ist, sofern nicht ein durch ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung beseitigter Mangel der Vertretung (§ 477, Z. 5) vorliegt, im Sinne der §§ 477 und 478 vorzugehen, wenn auch die Nichtigkeit von keiner der Parteien geltend gemacht wurde.

Zu vergleichen die Bemerkungen bei den §§ 477, 478, 479. Die Entscheidung erfolgt mittels Beschlusses (§ 499). Wird die Zurückweisung der Klage ausgesprochen (§ 478, Abs. 1), so kann der Beschluss mit Recurs angefochten werden. Wird die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen, so kann das Berufungsgericht den Recurs gegen diesen Beschluss vorbehalten (§ 519).

Digitized by Google

Ueber Antrag beider Parteien hat das Berufungsgericht unter Aufhebung der Verweisung in der Sache selbst zu erkennen (§ 478, Abs. 4), was oft ohne Erstreckung der Tagsatzung möglich sein wird. Das Gericht, an welches die Rechtssache verwiesen wird, hat die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung von amtswegen anzuberaumen (§ 479) und ist an die rechtliche Beurtheilung des Berufungsgerichtes gebunden (§ 499).

§ 495. Werden die im § 471, Z. 2 und 3, bezeichneten Mängel erst bei der mündlichen Verhandlung wahrgenommen und versagt der anwesende Gegner des Berufungswerbers zu einer Verbesserung der Berufungsschrift (§ 471, Z. 3) seine Zustimmung, so ist die Berufung durch Beschluss zurückzuweisen.

Wenn die Berufung als gesetzlich unzulässig oder nicht in der gesetzlichen Frist erhoben erscheint (§§ 471, Anm. 5, 472, 484), wenn in der Berufungsschrift das Urtheil nicht angegeben ist, wider welches Berufung erhoben wurde (§ 471, Anm. 6), so ist schon im Wege des Vorprüfungsverfahrens die Berufung ohne weitere Erhebungen zu verwerfen (§ 474). Wurde dies übersehen, so ist bei der mündlichen Verhandlung der Beschluss auf Zurückweisung zu verkünden. Enthält die Berufungsschrift keinen oder keinen bestimmten Berufungsantrag, oder werden in derselben die Berufungsgründe weder ausdrücklich noch durch deutliche Hinweisung einzeln angeführt (§ 471, Anm. 6), so ist schon bei der Vorprüfung die Beseitigung des letzteren Mangels anzustreben (§ 474, Anm. 2) und die Berufung zu verwerfen. In der mündlichen Berufungsverhandlung ist eine Verbesserung der Berufungsanträge und Berufungsgründe nur mit Zustimmung des Berufungsgegners zulässig (§ 483), welche Zustimmung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann. Mangelt diese Zustimmung oder ist sie wegen Ausbleibens des Berufungsgegners von der Tagsatzung unmöglich, so erfolgt die Zurückweisung der Berufung.

In den Fällen der §§ 494, 495 wird die Verhandlung auf den betreffenden Streitpunkt eingeschränkt werden können (§ 189). Der Beschluss kann im Recurswege angefochten werden (§ 519).

§ 496. Die Sache ist vom Berufungsgerichte an das Processgericht erster Instanz zur Verhandlung und Urtheilsfällung zurückzuweisen, wenn, ohne dass dadurch eine Nichtigkeit begründet wäre:

Digitized by Google

1. die Sachanträge durch das angefochtene Endurtheil nicht vollständig erledigt wurden;

2. das Verfahren erster Instanz an wesentlichen Mängeln leidet, welche eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache verhinderten;

3. nach Inhalt der Processacten dem Berufungsgerichte erheblich scheinende Thatsachen in erster Instanz gar nicht erörtert wurden.

Das Verfahren vor dem Processgerichte hat sich im Falle der Z. 1 auf die unerledigt gebliebenen Ansprüche und Anträge, im Falle der Z. 2 auf die durch den Mangel betroffenen Theile des erstrichterlichen Verfahrens und Urtheiles zu beschränken.

Statt der Zurückweisung kann das Berufungsgericht, und zwar erforderlichen Falles nach Ergänzung der in erster Instanz gepflogenen Verhandlung, durch Urtheil in der Sache selbst erkennen, wenn entweder beide Parteien übereinstimmend darauf antragen oder dies nach Ermessen des Gerichtes geeignet erscheint, die Erledigung zu beschleunigen oder einen erheblichen Kostenaufwand zu vermeiden.

1. Zwischen den unverzichtbaren Nichtigkeiten (§ 477) und den im § 496 angeführten Mängeln des Verfahrens besteht der Unterschied, dass die ersteren auch von amtswegen zu berücksichtigen sind (§§ 471, 494), während letztere nur innerhalb der durch die Berufungsanträge gesetzten Grenzen (§ 462), also nur über Parteienantrag berücksichtigt werden können (Schuster von Bonnott, S. 483).

2. Wurden die Sachanträge durch das angefochtene Urtheil nicht vollständig erledigt (§ 404), so kann in erster Instanz die Ergänzung des Urtheiles beantragt (§ 423) oder es kann gegen das Urtheil Berufung eingelegt werden.

Es steht auch nichts im Wege, sowohl die Ergänzung des Urtheiles zu beantragen, als auch die Berufung gegen dasselbe einzulegen. Die Verhandlung über die Berufung gegen ein Urtheil, dessen Ergänzung beantragt wurde, kann ausgesetzt werden, bis entweder das Ergänzungsurtheil ohne Berufung in Rechtskraft erwachsen oder auch die Berufung gegen das Ergänzungsurtheil an das Berufungsgericht gelangt ist (§ 485). Es wird auch zulässig sein, über eine Berufung, welche sowohl die Ergänzung des Urtheiles, als auch dessen Abänderung in anderen Punkten beantragt, zunächst mittels Beschlusses die Ergänzung des Urtheiles anzuordnen und die weitere Verhandlung über die Berufung auszusetzen bis dieses

Digitized by Google

Ergänzungsurtheil in Rechtskraft erwachsen ist oder im Berufungswege dem Berufungsgerichte vorliegt.

3. Welche Mängel als wesentlich anzusehen sind, sagt das Gesetz nicht. Die Außerachtlassung rein instructioneller Normen wird nicht als ein wesentlicher Mangel angesehen werden können. Die nach §§ 462, 196 als geheilt zu betrachtenden Mängel sind zufolge der Heilung überhaupt nicht mehr Mängel und bleiben daher außer Betracht. Der § 496 gibt dem Berufungsgerichte die Befugnis zur Zurückverweisung der Sache nur, wenn das Verfahren an einem wesentlichen Mangel leidet, nicht wenn die Entscheidung der Sache gegen Gesetze verstößt.

4. Der Vorsitzende des Processgerichtes erster Instanz hat dafür Sorge zu tragen, dass die Sache erschöpfende Erörterung finde (§ 180), er und die Mitglieder des Senates haben bei der mündlichen Verhandlung durch Fragestellung oder in anderer Weise darauf hinzuwirken, dass die für die Entscheidung erheblichen thatsächlichen Angaben gemacht, ungenügende Angaben vervollständigt, die Beweismittel für diese Angaben bezeichnet und überhaupt alle Aufschlüsse gegeben werden, welche zur wahrheitsmäßigen Feststellung des Thatbestandes nothwendig erscheinen (§ 182). Es ist die Pflicht des Vorsitzenden, sich des ihm zustehenden Fragerechtes in vollem Umfange zu bedienen (§ 182, Anm. 2). Die Verweigerung der Antwort steht der Partei jederzeit frei.

Verweigert die Partei trotz richterlicher Aufforderung die Anführung oder Ergänzung von Thatsachen oder Beweisen, was im Verhandlungsprotokolle zu constatieren ist (§ 209, Anm. 2), so ist für die Anwendung des § 496 in der Berufungsinstanz kein Raum. Die in Ueberprüfung der richterlichen Processleitungsbefugnis zulässige Zurückverweisung wird nur in den Fällen des unabweislichen Bedürfnisses stattfinden dürfen, sie wird jedoch die Ergänzung der unvollständigen Verhandlung durch Anführung neuer Thatsachen und Beweismittel in Fällen ermöglichen, in denen die Parteien durch mangelhafte Feststellung des Thatbestandes zu Schaden kommen würden. Eine Durchbrechung des in den §§ 462, 482 aufgestellten Grundsatzes (Dr. Kornfeld, Civilprocessuale Grundsätze S. 71 ff., Wort und Schrift im mündlichen Civilprocesse, S. 57; Dr. Wach, Die Mündlichkeit im österreichischen Civilprocessentwurfe S. 45 ff.) dürfte durch diese Vorschrift nicht stattfinden; denn es ist etwas anderes, ob die Partei berechtigt ist, absichtlich oder aus eigenem Verschulden in erster Instanz nicht vorgebrachte Thatsachen und Beweise in der Berufungsinstanz nachzutragen,

Digitized by Google

oder ob dem Berufungsgerichte das Recht eingeräumt wird, die Partei gegen die aus einem Versehen des ersten Richters erwachsenden Nachtheile zu schützen.

5. Im letzten Absatze ist der Grundsatz ausgesprochen, dass in allen drei Fällen das Berufungsgericht die Entscheidung selbst fällen kann, wenn dies nach dem Ermessen des Berufungsgerichtes geeignet ist, die Erledigung zu beschleunigen oder Kosten zu ersparen.

Der Ausschuss wollte weiter gleichfalls bezüglich aller drei Fälle diese Möglichkeit, den Process gleich in zweiter Instanz zu erledigen, noch dadurch erweitern, dass die Zurückweisung auch dann zu entfallen habe, wenn beide Parteien übereinstimmend darauf antragen und das Berufungsgericht anrufen, selbst in der Sache zu entscheiden (Motive des Ausschusses, S. 49).

6. Der Beschluss, dass das Berufungsgericht selbst erkennen werde, ist unanfechtbar. Die Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz, welche gleichfalls mittels Beschlusses erfolgt (§ 499), kann nur dann angefochten werden, wenn der Recurs von dem Berufungsgerichte vorbehalten wird (§ 519).

Die erste Instanz hat die Tagsatzung zur Verhandlung von amtswegen anzuordnen (§ 479) und ist an die rechtliche Beurtheilung des Berufungsgerichtes gebunden (§ 499).

§ 497. Sofern nicht die Bestimmungen der §§ 494, 495 und 496 zur Anwendung kommen, erkennt das Berufungsgericht durch Urtheil in der Sache selbst.

Seine Entscheidung hat alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte zu umfassen, welche in Gemäßheit der Berufungsanträge eine Erörterung und Beurtheilung in zweiter Instanz erfordern.

Das erstrichterliche Urtheil darf nur soweit abgeändert werden, als eine Abänderung beantragt ist.

1. Unter Streitpunkten (S. 293) sind nicht die zu entscheidenden Ansprüche (S. 26), sondern die einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden beiderseitigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel und alles dazu gehörige Streitmaterial zu verstehen. Hat der erste Richter von mehreren Klagegründen den einen für begründet erklärt und daraufhin den Beklagten verurtheilt, so ist auf Berufung des Beklagten der Berufungsrichter verpflichtet, wenn er den vom ersten Richter gebilligten Klagegrund verwirft, die anderen, vom Kläger nicht fallen gelassenen Klagegründe zu prüfen und zu entscheiden (Wilmowski, S. 757).

Digitized by Google

Desgleichen wird bei mehreren Einreden, von denen der erste Richter nur eine oder einzelne gewürdigt hat, auf die übrigen Einreden einzugehen sein, wenn dies zur Entscheidung der Sache „erforderlich ist."

Ist über bestimmte in erster Instanz erhobene Ansprüche nicht entschieden, so ist nach § 496 die Ergänzung des Urtheiles anzuordnen.

2. Die Devolutivwirkung der Berufung findet nur innerhalb der Grenzen der Berufungsanträge (§ 471, Anm. 6) statt. Eine reformatio in pejus ist ausgeschlossen. Hat der Richter die Klage nur für derzeit abgewiesen, so kann über Berufung des Klägers nur die Bestätigung des Urtheiles erfolgen. Als Berufungsanträge können nur diejenigen gelten, welche sich auf die vom Tenor des angefochtenen Urtheils getroffene Entscheidung beziehen, nicht die bloß gegen Entscheidungsgründe gerichteten.

Innerhalb der so verstandenen Berufungsanträge wird in der Berufungsinstanz entschieden. Das Berufungsgericht hat über alle innerhalb dieser Grenzen liegenden streitigen Fragen zu entscheiden (O. L. G. f. Bayern, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 290), da der Berufungsrichter an die rechtlichen Ausführungen der Parteien nicht gebunden ist. Ueber die Kosten erster und zweiter Instanz ist nach § 50 zu entscheiden.

§ 498. Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung die in den erstrichterlichen Processacten und im Urtheile der ersten Instanz festgestellten, durch die geltend gemachten Berufungsgründe nicht berührten Ergebnisse der Verhandlung und Beweisführung zugrunde zu legen, soweit dieselben nicht durch die Berufungsverhandlung selbst eine Berichtigung erfahren haben.

Welche Bedeutung dem Widerspruche beizumessen ist, der gegen einzelne Feststellungen eines Protokolles erster Instanz oder gegen die in der Ausfertigung eines Beweisbeschlusses oder im Urtheilsthatbestande enthaltenen Angaben über thatsächliches und Beweisvorbringen (§§ 444, 445) rechtzeitig erhoben wurde, hat das Berufungsgericht, nöthigenfalls nach mündlicher Verhandlung über die vom Widerspruche betroffenen Feststellungen und Angaben (§ 488), unter sorgfältiger Würdigung der Ergebnisse des Berufungsverfahrens und aller sonstigen Umstände zu beurtheilen.

Kommt im Berufungsverfahren ein Vergleich zustande, so entfällt die Entscheidung (§ 204). Geständnis (§ 266), Verzicht (§ 394) und Anerkenntnis (§ 395) sind im Berufungsverfahren im vollen Umfange zulässig und wirksam. Die

Digitized by Google

(gänzliche oder theilweise) Neuverhandlung des Rechtsstreites ist nur bei dem Verzichte auf die Zurückverweisung wegen Nichtigkeit (§ 478), im Falle der Verhandlung und Urtheilsfällung über unvollständige Urtheile, mangelhafte oder lückenhafte Verhandlungen (§ 496) und bei Widersprüchen gegen die thatsächlichen Feststellungen des Verhandlungsprotokolles, Beweisbeschlusses oder Urtheilsthatbestandes zulässig. Beweise, welche zur Unterstützung oder Bekämpfung der Berufungsgründe dienen; im erstrichterlichen Verfahren erfolglos angebotene Beweise können aufgenommen, in erster Instanz durchgeführte Beweise wiederholt oder ergänzt werden (§ 488). Innerhalb dieser Grenzen erfolgt die Entscheidung des Berufungsgerichtes auf Grund der erstrichterlichen Processacten, des Urtheilsthatbestandes und der Beweisaufnahmen. Insbesondere liefert das in Gemäßheit der Vorschriften der §§ 207 bis 214 errichtete Protokoll, soweit nicht ein ausdrücklicher Widerspruch vorliegt, über den Verlauf und Inhalt der Verhandlung vollen Beweis (§ 215). Die Bedeutung eines rechtzeitig (§§ 212, 343, 444, 445) erhobenen und durch das Protokoll oder dessen Anlagen constatierten Widerspruches ist nach § 272 zu würdigen, daher in der Entscheidung zu begründen.

Das richterliche Fragerecht (§ 182) wird durch die Bestimmungen des § 498 nicht berührt. Welche Bedeutung die Verweigerung der Beantwortung von Fragen habe, hat der Berufungssenat nach freier Ueberzeugung zu würdigen (§ 272).

§ 499. Die Zurückverweisung der Rechtssache an das Processgericht erster Instanz geschieht in den Fällen der §§ 494 und 496 mittels Beschlusses.

Das Gericht, an welches eine Rechtssache infolge Beschlusses des Berufungsgerichtes zu gänzlicher oder theilweiser neuer Verhandlung oder Entscheidung oder zur Durchführung des Berufungsverfahrens (§ 487) gelangt, ist hiebei an die rechtliche Beurtheilung gebunden, von welcher das Berufungsgericht bei seinem Beschlusse ausgegangen ist.

In Bezug auf die Einleitung der neuen Verhandlung hat die Vorschrift des § 479 zur Anwendung zu kommen.

Das Gleiche gilt, wenn das Berufungsgericht das Urtheil, durch welches eine Wiederaufnahmsklage als unzulässig erkannt wurde, abändert und die Verhandlung in erster Instanz auf die Frage der Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens beschränkt war.

Auch die abändernde Entscheidung des Berufungsgerichtes über ein die Wiederaufnahmsklage als unzulässig abweisendes

Digitized by Google

Urtheil der ersten Instanz (§ 541) hat nach Abs. 4 mittels Beschlusses zu erfolgen, wenn die Verhandlung in erster Instanz auf die Frage der Zulässigkeit der Wiederaufnahme beschränkt war.

1. Der Beschluss, durch welchen die Rechtssache an das Processgericht erster Instanz zurückverwiesen wird, ist nur dann anfechtbar, wenn dies das Berufungsgericht durch den Beisatz ausgedrückt hat, dass das Verfahren in erster Instanz erst nach eingetretener Rechtskraft aufzunehmen oder fortzusetzen sei (§ 519).

Die rechtliche Beurtheilung des Berufungsgerichtes ist für die erste Instanz bindend, soweit auf derselben die Aufhebung des Urtheiles beruht (§ 511). An andere, im Berufungsurtheile nebenher ausgesprochene, nicht der Aufhebung zu Grunde liegende Rechtssätze ist das Gericht erster Instanz nicht gebunden. Der Ausdruck „rechtliche Beurtheilung“ hat eine umfassendere Bedeutung als Rechtsgrundsätze, Rechtsansichten oder Rechtsnormen; zur rechtlichen Beurtheilung gehört auch die rechtliche Qualification von Verträgen, Willenserklärungen, Rechtshandlungen und die berufungsgerichtliche Auslegung von Urkunden.

2. Für das Gericht erster Instanz gibt es nur die im § 499 aufgerichtete Schranke, dass dasselbe die rechtliche Beurtheilung, welche der Aufhebung zugrunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zu unterlegen hat. Im übrigen wird die Sache in die nämliche Lage zurückversetzt, als wenn der Richter erster Instanz zum ersten Mal zu erkennen hätte. Sowenig die Parteien an neuem Vorbringen verhindert sind, ebensowenig ist der Richter an seine früheren Rechtsansichten, thatsächlichen Feststellungen oder Beweiswürdigungen gebunden (O. L. G. f. Bayern, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 313).

Es können daher neue rechtliche Gesichtspunkte sowie neue Thatsachen vorgebracht und berücksichtigt werden. Das Urtheil kann derjenigen Partei, über deren Berufung das frühere Urtheil aufgehoben wurde, ungünstiger sein, als das aufgehobene Urtheil. Die Giltigkeit dieses Grundsatzes beschränkt sich aber auf den Umfang, in welchem das frühere Urtheil aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung zurückverwiesen worden ist. Insoweit das frühere Urtheil in Kraft geblieben ist, ist der Rechtsstreit selbstverständlich einer anderweitigen Verhandlung und Entscheidung entzogen.

Einer solchen steht in diesem Falle nicht die relative, wohl aber die absolute Rechtskraft entgegen (R. G. Leipzig, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 313).

Digitized by Google

Die Verhandlung vor dem Processgerichte erster Instanz ist sofort oder nach eingetretener Rechtskraft des Beschlusses des Berufungsgerichtes von amtswegen anzuordnen (§ 479).

Wenn in erster Instanz über die Zulässigkeit der Wiederaufnahmsklage abweisend erkannt wurde (§ 541) und dieses Urtheil vom Berufungsgerichte abgeändert worden ist, soll die erste Instanz an die rechtliche Beurtheilung des Berufungsgerichtes gebunden sein und die Tagsatzung nach eingetretener Rechtskraft von amtswegen anordnen.

§ 500. Das Urtheil oder der Beschluss des Berufungsgerichtes, wodurch die Berufung erledigt wird, ist den Parteien stets in schriftlicher Ausfertigung zuzustellen.

Bei Darstellung des Thatbestandes im Urtheile des Berufungsgerichtes ist eine Bezugnahme auf das erstrichterliche Urtheil nicht ausgeschlossen.

1. Die Urtheile und Beschlüsse werden von dem Vorsitzenden des Senates, dem die Rechtssache zugewiesen ist, unterzeichnet.

Bei der schriftlichen Ausfertigung von Beschlüssen der streitigen Gerichtsbarkeit kann die Anführung der Namen der Richter durch die Angabe des Senates, der den Beschluss gefasst hat, ersetzt werden. Diese Angaben müssen nicht im Texte des Beschlusses enthalten sein (§ 79, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl). Das Urtheil (§ 416) und der Beschluss (§ 426) werden den Parteien gegenüber erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung wirksam. Das Gericht ist jedoch an seine Entscheidung gebunden, sobald dieselbe verkündet oder in schriftlicher Abfassung zur Ausfertigung abgegeben ist (§ 417).

Von der Reinschrift der Entscheidung über Rechtsmittel sind in der Regel sogleich bei der Rechtsmittelinstanz so viele Exemplare herzustellen, dass außer den für die Acten bestimmten Ausfertigungen den Gerichten erster Instanz auch die zur Verständigung der Parteien erforderlichen Ausfertigungen zur Verfügung gestellt werden können (§ 215 Gesch.-O.).

2. Ueber den Inhalt des Urtheiles gelten die Bestimmungen des § 417. Es kann nicht allemal als eine unabweisliche Aufgabe des Berufungsgerichtes betrachtet werden, sein Urtheil mit einer selbständigen Darstellung des ganzen Sach- und Streitverhältnisses auszustatten. Nicht nur ist, wie dies auch im § 500 ausdrücklich anerkannt ist, im Zusammenhange der Darstellung überhaupt eine Bezugnahme auf das Urtheil der

Digitized by Google

ersten Instanz zulässig, sondern es ist auch zunächst immer nur der Thatbestand des Berufungsverfahrens als solchen, den das Berufungsgericht in seinem Urtheile darzustellen hat. Dabei wird als Ausgangspunkt immer schon das Urtheil erster Instanz mit dem in ihm fixierten Thatbestande vorausgesetzt, und falls ein solcher in gehöriger Weise vorliegt, wird es regelmäßig genügen, wenn das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf denselben nur feststellt, inwiefern die Parteien dabei einfach stehen geblieben oder Abweichungen vorgekommen sind (R. G. Leipzig, IV, S. 432). Diese Bezugnahme darf erfolgen in Bezug auf bestimmte Theile des von dem Richter erster Instanz gegebenen Thatbestandes zur Klarlegung eines bestimmten relevanten Momentes des Sachverhaltes, welches bei der Bezugnahme in dem Berufungsurtheile im allgemeinen gekennzeichnet ist. Es darf auch in dem Berufungsurtheile auf den Thatbestand des ersten Urtheiles im Ganzen Bezug genommen werden, wenn dieser Thatbestand der Norm des § 417, Abs. 2, 3 genügt (R. G. Leipzig, Fuchsberger, S. 711). Ist der Thatbestand des erstrichterlichen Urtheiles derart mangelhaft, dass dessen Ueberprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann, so ist das Urtheil als nichtig zu beheben (§ 477, Z. 9). Bei geringeren Mängeln muss das Berufungsgericht selbst einen vollständigen Thatbestand aufstellen.

§ 501. In Bagatellsachen kann das erstrichterliche Urtheil nur wegen der im § 477, Z. 1 bis 7 aufgezählten Nichtigkeiten mittels Berufung angefochten werden.

Ueber Berufungen in Bagatellsachen ist binnen 8 Tagen zu entscheiden, wenn nicht Aufklärungen oder Erhebungen erforderlich sind (§ 148 Gesch.-O.).

Unzulässige Berufungen (§ 471) sind im Vorprüfungsverfahren zu verwerfen (§ 474).

Zweiter Abschnitt: **Revision.**

Zulässigkeit.

§ 502. Gegen die Urtheile der Berufungsgerichte findet die Revision statt.

In Bagatellsachen ist gegen die Entscheidung des Berufungsgerichtes ein weiterer Rechtszug unzulässig.

Die Revision ist das Rechtsmittel dritter Instanz gegen Urtheile der Berufungsgerichte (§ 497), mag ein Gerichtshof

Digitized by Google

erster oder zweiter Instanz als Berufungsgericht eingeschritten sein. Dieselbe geht immer an den Obersten Gerichtshof (§§ 3, 4 J. N.) und ist sowohl gegen bestätigende als auch gegen abändernde Urtheile zulässig. Gegen den Ausspruch über die Kosten allein ist nur der Recurs zulässig (§ 55).

§ 503. Die Revision kann nur aus einem der folgenden Gründe begehrt werden:

1. weil das Urtheil des Berufungsgerichtes wegen eines der im § 477 bezeichneten Mängel nichtig ist;

2. weil das Berufungsverfahren an einem Mangel leidet, welcher, ohne die Nichtigkeit zu bewirken, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache zu hindern geeignet war;

3. weil dem Urtheile des Berufungsgerichtes in einem wesentlichen Punkte eine thatsächliche Voraussetzung zugrunde gelegt erscheint, welche mit den Processacten erster oder zweiter Instanz im Widerspruche steht;

4. weil das Urtheil des Berufungsgerichtes auf einer unrichtigen rechtlichen Beurtheilung der Sache beruht.

1. Die Revisionsgründe sind im § 503 taxativ aufgezählt; eine Revision, die sich auf einen anderen Grund stützt, ist unzulässig.

Zunächst gilt als Revisionsgrund die Nichtigkeit (§ 477) des Urtheiles des Berufungsgerichtes. Ist eine solche Nichtigkeit zwar nicht in zweiter, jedoch in erster Instanz unterlaufen, so folgt aus § 510, dass das Revisionsgericht dieselbe zu berücksichtigen hat, jedoch nicht von amtswegen, sondern nur über Parteienantrag; denn es fehlt in dem von der Revision handelnden Abschnitte an einer den §§ 471, Z. 7, 494 nachgebildeten Bestimmung, dass auf die Nichtigkeit von amtswegen Bedacht zu nehmen sei, und nachdem durch das Uebersehen einer solchen Nichtigkeit seitens des Berufungsgerichtes auch das Urtheil desselben nichtig erscheint, die Berücksichtigung dieser Nichtigkeit jedoch im ersten Absatze des § 503 ausdrücklich von einem diesbezüglichen Begehren abhängig gemacht ist, so dürfte dies sowohl von den in zweiter, als auch von den in erster Instanz unterlaufenen Nichtigkeiten gelten.

Ziffer 2 stimmt mit dem für das Berufungsverfahren in § 496, Z. 2 aufgestellten Aufhebungsgrunde überein (§ 496, Anm. 3).

Wenn das Urtheil des Berufungsgerichtes an einer Nichtigkeit oder das Berufungsverfahren an einem Mangel leidet,

Digitized by Google

welcher eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache hinderte, so hat die Berufung ihren Zweck verfehlt. Was die Partei nach dem Gesetze verlangen kann, eine formell correcte, in die Sache eindringende, sorgfältige Ueberprüfung der Entscheidung erster Instanz, ist ihr nicht zutheil geworden. Trotz des Berufungsurtheiles, das die Partei empfieng, steht hier das vom Gesetze verheißene Berufungserkenntnis in Wahrheit noch aus und es ist daher wohl keiner Erklärung bedürftig, wenn bei solcher Sachlage der Entwurf der Partei das Rechtsmittel der Revision einräumt, um den Schein eines Berufungserkenntnisses zu beseitigen und die Erlangung einer giltigen, auf gründlicher Beurtheilung fußenden Berufungsentscheidung zu ermöglichen. Gegen solchen ungehörigen Verlauf des Berufungsverfahrens kann nur die Revisionsinstanz Abhilfe gewähren und die für derlei Fälle im Entwurfe angeordnete Art der Erledigung (§ 510, Abs. 1) wird der besonderen Beschaffenheit der Revisionsgründe gerecht (Regierungsmotive, S. 307).

Zur Unterstützung und Bekämpfung eines dieser beiden Revisionsgründe können in der Revisionsinstanz auch neue Thatsachen und Beweise vorgebracht werden (§ 504).

2. Abgesehen von diesen beiden Revisionsgründen ist das Eingreifen der Revisionsinstanz auf diejenigen Fälle eingeschränkt, in welchen eine Kritik des angefochtenen Berufungsurtheiles ohne neuerliche Vorführung des Sachverhaltes und ohne neuerliche Beweiswürdigung stattfinden kann. Das ist mit einer einzigen Ausnahme nur möglich, wenn die Parteien gegen die Art der Sachverhaltsermittlung und gegen die Wahrheitsbeurtheilung seitens des Berufungsgerichtes nichts einzuwenden haben, sondern lediglich deshalb Beschwerde führen, weil sie der Ansicht sind, das Berufungsgericht habe auf den richtig festgestellten und gewürdigten Sachverhalt das Recht unrichtig angewendet (§ 503, Z. 4). Jene Ausnahme aber ist dann vorhanden, wenn ein nach Meinung des Beschwerdeführers bei der Feststellung des thatsächlichen Ergebnisses des Rechtsstreites angeblich unterlaufener Irrthum unmittelbar mit Hilfe der Processacten und deren Inhalt selbst constatiert und behoben werden kann. Hier kann das Revisionsgericht auch die thatsächliche Seite des Streitfalles ohne Verhandlungs- und Beweiserneuerung überprüfen. Der Entwurf glaubt dem begreiflichen Wunsche nach möglichst leichter Zugänglichkeit eines Rechtsmittels dritter Instanz entgegen kommen zu sollen, indem er die Revision auch hier (§ 503, Z. 3) und damit thatsächlich soweit zulässt, als überhaupt der Revisionszweck die zu seiner

Digitized by Google

Erreichung nothwendigen Mittel noch überwiegt, die Revision praktisch noch vortheilhaft sein kann. Die damit für die Revision in Vorschlag gebrachte Beschränkung auf die im § 503, Z. 3 u. 4 angeführten Fälle dürfte auch den Interessen der Parteien nicht gefährlich sein.

Denn wenn in erster und zweiter Instanz bei der Sachverhaltsermittlung und Erörterung, sowie bei der Beweisprüfung ordnungsmäßig vorgegangen wurde — und das ist ja die Voraussetzung einer Revision nach § 503, Z. 3 und 4, weil anders der Revisionsgrund der Zahl 2 zu Gebote steht — wird das Revisionsgericht stets über ein so ausreichendes Material von Protokollen und anderen Niederschriften verfügen, dass es sich aus denselben leicht ein genügend treues Bild des Sachverhaltes wird verschaffen können (Regierungsmotive, S. 309).

3. Bei den Revisionsgründen der Z. 3 und 4 ist die Beibringung neuer Thatsachen und Beweismittel ausgeschlossen. Die Ueberprüfung erfolgt auf Grund der Acten. Der Beurtheilung des Revisionsrichters unterliegt die ganze rechtliche Seite des Streites, ohne Unterschied, ob es sich um Fragen des materiellen oder des Processrechtes handelt.

Handelsgebräuche nach Art. 1 H. G. B. unterstehen der Beurtheilung des Revisionsrichters, nicht aber Geschäftsusancen nach Art. 278, 279 H. G. B. Rechtsfrage ist die Subsumption der Thatsachen unter das Gesetz, beziehungsweise unter den Rechtsbegriff, beispielsweise die Fragen, welche Folgerungen aus den festgestellten Thatsachen für rechtliche Beziehungen (für ein Verschulden, für die Construction eines Rechtsgeschäftes oder sonstiger Rechte) herzuleiten sind; ob bestimmte Thatsachen unter den Rechtsbegriff „Besitz“, „culpa“, „bona fides“ u. s. w. zu subsumieren sind, beziehungsweise ob sie rechtlich geeignet und ausreichend erscheinen, dieses oder ein anderes Rechtsverhältnis unter den Parteien als bestehend anzunehmen, ob eine Urkunde als eine Verfügung unter Lebenden oder von Todeswegen anzusehen sei, ob sie sich als ein Pacht- oder Kaufvertrag darstellt, ob sie einen nur dinglichen oder persönlichen Anspruch begründet, ob ein Testament eine Erbeseinsetzung enthält (Wilmowski, S. 781) Es begründet aber auch eine unrichtige rechtliche Beurtheilung, wenn die gesetzlichen Beweisregeln (§ 292 ff.) nicht beachtet wurden.

§ 504. Das Revisionsgericht überprüft das Urtheil des Berufungsgerichtes innerhalb der Grenzen der im Revisionsverfahren gestellten Anträge.

Neue thatsächliche Behauptungen oder Beweise können in der Revisionsinstanz nur zur Unterstützung oder Bekämpfung

Digitized by Google

der Behauptung vorgebracht werden, dass das Urtheil des Berufungsgerichtes wegen eines der im § 477 bezeichneten Mängel nichtig sei, oder dass das Berufungsverfahren an einem Mangel leide, welcher die erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache zu hindern vermochte.

Die Revisionsanträge können gleich den Berufungsanträgen (§ 462, Anm. 1) entweder die meritorische Abänderung oder die Aufhebung oder die Nichtigerklärung des Berufungsurtheiles oder eines Theiles desselben bezwecken.

Ueber das aus den Revisionsanträgen ersichtliche Begehren darf nicht hinausgegangen werden und eine reformatio in pejus ist unzulässig.

An die von den Parteien geltend gemachten rechtlichen Gesichtspunkte ist jedoch auch das Revisionsgericht nicht gebunden, ja es kann einem Revisionsantrage auch aus anderen als den von der Partei geltend gemachten Revisionsgründen stattgeben (Schuster von Bonnott, S. 487).

Mit Ausnahme des Antrages auf Erstattung der Revisionskosten ist jede Aenderung der Klage (§ 483), jeder neue Anspruch (§ 235), der Zwischenantrag auf Feststellung (§§ 236, 259), eine Wiederklage (§ 233) oder eine in erster Instanz nicht vorgebrachte Einrede, Replik, Duplik, endlich der Antrag auf Leistung eines Entschädigungsbetrages (§ 408) ausgeschlossen. Sofern das Vorbringen neuer thatsächlicher Behauptungen oder Beweise überhaupt zulässig ist, müssen dieselben in der Revisionsschrift oder Revisionsbeantwortung angeführt sein (§ 506).

Erhebung der Revision.

§ 505. Die Revision wird durch Ueberreichung eines Schriftsatzes (Revisionsschrift) bei dem Processgerichte erster Instanz erhoben.

Die Revisionsfrist beträgt vierzehn Tage von Zustellung des Berufungserkenntnisses an; sie kann nicht verlängert werden.

Durch die rechtzeitige Erhebung der Revision wird der Eintritt der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urtheiles im Umfange der Revisionsanträge bis zur Erledigung des Rechtsmittels gehemmt. Der Revision gegen ein bestätigendes Urtheil der zweiten Instanz kommt eine hemmende Wirkung nicht zu.

Für die Ueberreichung der Revisionsschrift gelten nach § 513 die für die Berufungsschrift nach § 465 bestehenden

Digitized by Google

Vorschriften, sie kann auch telegraphisch geschehen (§ 89, Ges. v. 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.). Nur die protokollarische Aufnahme der Revision und die Bestellung eines Beamten der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes zur Verfassung derselben findet nicht statt (§ 507).

Die Revisionsschrift ist ein Schriftsatz, die Vorschriften der §§ 74—77 gelten daher auch für sie. Formgebrechen, welche die ordnungsmäßige geschäftliche Behandlung derselben zu hindern geeignet sind, hat das Gericht erster Instanz abzustellen. Diesbezüglich und bezüglich der bei Streitgenossen geltenden Bestimmungen ist Anm. 1 bei § 465 zu vergleichen.

Die Revisionsfrist beträgt im Wechselverfahren (§ 555) und Verfahren in Bestandsachen (§ 575) acht Tage. Betreffs dieser Frist gelten nach § 513 die Vorschriften des § 464.

Der Suspensiveffect einer rechtzeitig eingebrachten ordentlichen Revision deckt sich mit dem der Berufung (§ 466); eine Revision gegen gleichlautende Urtheile der unteren Instanzen hat jedoch keinen Suspensiveffect. Hiebei kommt es nur auf den Urtheilsspruch und nicht auf die gleichlautende oder abweichende Begründung an. Betreffs des Verzichtes (§ 472) und der Zurücknahme (§ 484) der Revision gelten die für das Berufungsverfahren bestehenden Vorschriften; desgleichen ist zur Erhebung der Revision nur jener berechtigt, der schon die Berufung einbringen konnte (§ 461, Anm. 4). Wer gegen das Urtheil der ersten Instanz die Berufung nicht erhoben hat, kann nur gegen das abändernde Urtheil des Berufungsgerichtes die Revision einbringen.

§ 506. Die Revisionsschrift muss nebst den allgemeinen Erfordernissen eines Schriftsatzes enthalten:

1. die Bezeichnung des Urtheiles, gegen welches die Revision gerichtet ist;

2. die bestimmte Erklärung, inwieweit das Urtheil angefochten wird, die ebenso bestimmte kurze Bezeichnung der Gründe der Anfechtung (Revisionsgründe) und die Erklärung, ob die Aufhebung oder eine Abänderung des Urtheiles, und welche beantragt werde (Revisionsantrag);

3. das thatsächliche Vorbringen und die Beweismittel, durch welche die Wahrheit der im § 503, Z. 1 und 2, angegebenen Revisionsgründe erwiesen werden soll;

4. die Unterschrift eines Advocaten.

Insoweit die Revision auf den im § 503, Z. 4, angegebenen Revisionsgrund gestützt wird, ist in der Revisionsschrift

Digitized by Google

ohne Weitläufigkeiten darzulegen, aus welchen Gründen die rechtliche Beurtheilung der Sache unrichtig erscheint.

1. Die Berufungsschrift ist ein Schriftsatz, aber kein vorbereitender Schriftsatz (§ 78). Die allgemeinen Vorschriften über Schriftsätze enthalten die §§ 75—77. Die Einhaltung der Vorschriften des § 506 ist imperativ vorgeschrieben. Fehlt es an den Erfordernissen der Ziffern 1, 2, so ist die Revision vom Revisionsgerichte zu verwerfen (§§ 471, 474, 513). Fehlt es an thatsächlichem Vorbringen und Beweismitteln, so können dieselben bei der Revisionsentscheidung nicht berücksichtigt werden.

Revisionsschriften, welche nicht von einem Advocaten gefertigt sind, hat das Processgericht erster Instanz (Vorsitzende, Einzelrichter) unter Festsetzung einer unerstreckbaren Frist der Wiedervorlage zur rechtsfreundlichen Fertigung rückzustellen (§ 85).

Ueber die Bezeichnung des Urtheils, die Revisionsanträge und Revisionsgründe gilt dasselbe wie bei der Berufung (§ 471, Anm. 6).

2. Die Erörterung des thatsächlichen Vorbringens und der Beweise, die nach Inhalt der erstrichterlichen Processacten und des Urtheilsthatbestandes in erster oder zweiter Instanz vorgekommen sind, wird zur Kritik der angefochtenen rechtlichen Beurtheilung der Sache unbedingt gestattet sein (§ 78).

Neue Thatumstände und Beweise können nur zur Darthuung der geltend gemachten Nichtigkeiten oder Verfahrensmängel vorgebracht und berücksichtigt werden.

Rechtsausführungen und Darlegungen über die Wahrscheinlichkeit oder Glaubwürdigkeit thatsächlicher Behauptungen oder Beweise dürfen nur in vorbereitenden Schriftsätzen nicht vorkommen (§ 78), für die Revisionsschrift (und Revisionsbeantwortung) sind sie immer zulässig, mag die Revision auf welchen Revisionsgrund immer gestützt werden. Ihren Grund hat diese Ausnahme im Ausfalle einer obligatorischen mündlichen Verhandlung (Regierungsmotive, S. 310).

§ 507. Im Falle rechtzeitiger Erhebung der Revision verfügt das Processgericht erster Instanz die Zustellung eines Exemplares der Revisionsschfrist an den Gegner des Revisionswerbers (Revisionsgegner). Verspätet erhobene Revisionen sind vom Processgerichte erster Instan zurückzuweisen.

Dem Revisionsgegner steht es frei, binnen der Nothfrist von vierzehn Tagen von der Zustellung der Revisionsschrift bei

Digitized by Google

dem Processgerichte erster Instanz eine Revisionsbeantwortung mittels Schriftsatzes zu überreichen.

Auf die Revisionsbeantwortung finden die Bestimmungen des § 506 mit Ausnahme der unter Z. 1 und 2 angegebenen Erfordernisse sinngemäße Anwendung. Neue Thatsachen und Beweise, welche der Revisionsgegner zur Widerlegung der in der Revisionsschrift angegebenen Revisionsgründe benützen will, werden im Revisionsverfahren nur soweit berücksichtigt, als sie bereits in der Revisionsbeantwortung angeführt sind.

Von der Einbringung der Revisionsbeantwortung ist der Revisionswerber durch Mittheilung eines Exemplares der Revisionsbeantwortung zu verständigen.

Die Ueberreichung der Revisionsschrift und Revisionsbeantwortung kann nicht durch Erklärungen zu gerichtlichem Protokoll ersetzt werden.

1. Der Vorsitzende des Senates des Processgerichtes erster Instanz (Einzelrichter) hat die Revisionsschrift in formeller Beziehung zu prüfen und die zur Behebung von Formmängeln erforderlichen Verfügungen zu treffen (§§ 84, 85).

Der Auftrag zur Zustellung der rechtzeitigen (§ 505) und formell ordnungsmäßigen Revisionsschrift an den Gegner steht dem Vorsitzenden des Senates zu (§ 37, Ges. v. 27. November 1896 Nr. 217 R.-G.-Bl.).

Die Zurückweisung verspätet erhobener Revisionen steht dagegen dem Senate und nicht dem Vorsitzenden des Processgerichtes erster Instanz zu. Gegen die Zurückweisung ist der Recurs zulässig.

2. Die Erstattung einer Revisionseinrede steht dem Revisionsgegner frei. Es wird kein Zwang auf die Partei ausgeübt, sondern ihr nur Gelegenheit zur Aeußerung gegeben, die sie je nach ihrem Ermessen benützen mag oder nicht (Regierungsmotive, S. 310).

Nothwendig ist sie nur dann, wenn der Revisionsgegner zur Widerlegung der Revisionsgründe (§ 503, Z. 1 und 2) neue Thatsachen und Beweise vorbringen will, nachdem diese nur dann berücksichtigt werden können, wenn sie in der Revisionsbeantwortung vorgebracht worden sind. Die Frist von 14 Tagen gilt auch für das Verfahren in Wechselsachen (§ 555) und in Streitigkeiten aus dem Bestandvertrage (§ 575).

3. Auch die Revisionsbeantwortung ist kein vorbereitender Schriftsatz, nachdem jedoch ein Exemplar desselben dem Gegner zuzustellen ist, so ist sie in so vielen Exemplaren zu

Digitized by Google

überreichen, dass jedem der Gegner ein Exemplar zugestellt und überdies eines für die Gerichtsacten zurückbehalten werden kann. Betreffs der neuen Thatsachen und Beweise gelten die Bemerkungen bei § 506, Anm. 2. Die Revisionsbeantwortung muss von einem Advocaten gefertigt sein (§ 506); fehlt die rechtsfreundliche Fertigung, so ist der Schriftsatz der Partei zur rechtsfreundlichen Fertigung binnen einer unerstreckbaren Frist rückzustellen (§ 85). Außer der protokollarischen Aufnahme der Revision und Revisionsbeantwortung ist auch die Abfassung derselben durch einen hiezu bestellten Beamten der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes, wie solche für arme Parteien zur Erstattung der Berufungsschrift vorgesehen ist, unzulässig.

§ 508. Nach Erstattung der Revisionsbeantwortung oder nach fruchtlosem Ablaufe der hiefür offenstehenden Frist legt das Processgericht erster Instanz die bezeichneten Schriften sammt allen auf den Rechtsstreit sich beziehenden Processacten dem Berufungsgerichte vor, welches dieselben sodann nach Anschluss der diesen Rechtsstreit betreffenden berufungsgerichtlichen Acten an das Revisionsgericht weiterbefördert.

Die Vorlage der Acten an das Revisionsgericht ist in dem Falle, als eine Berichtigung des Thatbestandes des vom Berufungsgerichte gefällten Urtheiles beantragt wurde, bis zur Erledigung des Berichtigungsverfahrens auszusetzen.

1. Der Richter (Vorsitzende des Senates) erster Instanz hat die Revisionsbeantwortung in formeller Richtung zu prüfen, die Abstellung von Formmängeln zu veranlassen (§§ 84, 85) und die formell ordnungsmäßige Revisionsbeantwortung, auch wenn sie verspätet eingebracht worden wäre, dem Revisionswerber zuzustellen.

Der Auftrag zur Zustellung der Revisionsbeantwortung an den Revisionswerber und die Vorlage von Revisionen an die Rechtsmittelinstanz hat durch den Vorsitzenden ohne vorherige Beschlussfassung des Senates zu erfolgen (§ 37, Ges. vom 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.).

2. Gemäß § 513 gelten die Vorschriften des zweiten Absatzes des § 469 über die Vorlage von Amtsabschriften der Acten im Falle nicht vollständiger Erledigung des Rechtsstreites in der Berufungsinstanz auch für diese. Die Aussetzung der Vorlage der Acten im Falle der beantragten Berichtigung des Urtheilsthatbestandes (§ 493) bis zur Erledigung des Berichtigungsverfahrens (§ 420) wird durch das Berufungsgericht zu erfolgen haben. Der betreffende Beschluss kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden.

Digitized by Google

Verfahren vor dem Revisionsgerichte.

§ 509. Das Revisionsgericht entscheidet über die Revision in nicht öffentlicher Sitzung ohne vorhergehende mündliche Verhandlung.

Es kann jedoch, wenn dies im einzelnen Falle dem Revisionsgerichte behufs Entscheidung über die eingelegte Revision erforderlich erscheint, auch eine mündliche Verhandlung vor dem Revisionsgerichte auf Antrag oder von amtswegen angeordnet werden. In Bezug auf diese Verhandlung haben die für die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgerichte erlassenen Vorschriften zu gelten.

Erhebungen oder Beweisaufnahmen, welche zur Feststellung der im § 503, Z. 1 und 2, angeführten Revisionsgründe nothwendig sind, haben durch einen ersuchten Richter zu erfolgen, welcher die Acten über die stattgefundenen Erhebungen oder Beweisaufnahmen unmittelbar dem Revisionsgerichte vorzulegen hat. Diesen Erhebungen und Beweisaufnahmen sind stets die Parteien zuzuziehen.

Während im Berufungsverfahren von der Anberaumung einer mündlichen Verhandlung nur in gewissen Fällen abgesehen werden kann, soll im Gegentheile die Erledigung der Revision in der Regel ohne mündliche Verhandlung stattfinden (§ 509, Abs. 1).

Nur kann dies nicht ausnahmslos statuiert werden. Vor allem schon deshalb nicht, weil namentlich über die Revisionsgründe des § 503, Z. 1 und 2 sehr oft nicht ohne Berücksichtigung der neuen Anführungen und Beweise wird entschieden werden können, welche die Parteien zur Erhärtung des Revisionsgrundes vorbringen müssten, beides aber nicht ohne Heranziehung der Parteien und Verhandlung mit denselben geschehen kann. Aber auch wenn wegen unrichtiger Rechtsanwendung Revision ergriffen wird, kann die Revisionsinstanz unter Umständen auf eine mündliche Verhandlung Wert legen; zumal in wichtigeren Processen mit schwierigen Rechtsfragen kann es der Revisionsinstanz bisweilen von Nutzen erscheinen, die Rechtsauffassung der beiden Theile im Wege mündlicher Darlegung genau zu kennen. Der Entwurf gestattet daher die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, wo dies im einzelnen Falle behufs Entscheidung über die eingelegte Revision erforderlich scheint (§ 509, Abs. 2).

Indem dies als Ausnahme hingestellt und an die Bedingung eines bezüglichen Bedürfnisses geknüpft wird, ist zugleich die Mahnung ausgesprochen, bei der Entscheidung über die

Digitized by Google

Anberaumung einer Verhandlung sich ausschließlich vom Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte leiten zu lassen.

Es wird dabei insbesondere auch auf das Verhältnis des Wertes des Streitgegenstandes zu den durch die Verhandlungsanordnung entstehenden Kosten zu sehen sein. Ferner kann in Betracht kommen, ob nicht etwa concretenfalls der mit der Verhandlungsanberaumung verbundene Aufschub des Rechtskrafteintrittes sich schädlich erweisen könnte. Auch wird bei der Entscheidung einem etwaigen einverständlichen Antrage der Parteien eine gewisse Beachtung gebüren (Regierungsmotive, S. 310).

Für die mündliche Verhandlung vor dem Revisionsgerichte gelten die in den §§ 482, 483, 486, 491, 493 für das Berufungsverfahren gegebenen Vorschriften.

2. Der Beweisaufnahme wegen darf die Verhandlung vor dem Revisionsgerichte nicht anberaumt werden. Eine Beweisaufnahme darf vor dem Revisionsgerichte nicht stattfinden. Erachtet das Revisionsgericht eine solche zur Feststellung einer Nichtigkeit oder eines Verfahrensmangels nothwendig, so hat es mit der Beweisaufnahme ein ersuchtes Gericht (erster Instanz) zu beauftragen, welches bei der Beweisaufnahme nach den allgemeinen Vorschriften vorzugehen, sohin die Parteien zur Beweisaufnahme auch zu laden hat (§ 289). Eine weitere Bedeutung ist der im § 509 angeordneten Zuziehung der Parteien nicht beizulegen.

§ 510. Das Revisionsgericht hat in der Regel in der Sache selbst zu entscheiden. Wenn es jedoch das Urtheil des Berufungsgerichtes nach § 477, Z. 4 und 5, als nichtig zu erklären oder aus dem im § 503, Z. 2, bezeichneten Grunde aufzuheben findet und infolge dessen eine neue Verhandlung zur Erledigung der Sache nothwendig erachtet, hat es die Streitsache zu diesem Zwecke an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Findet das Revisionsgericht das Urtheil oder Verfahren wegen einer schon in erster Instanz unterlaufenen, von amtswegen wahrzunehmenden Nichtigkeit aufzuheben, so hat die Zurückweisung der Sache an die erste Instanz zu erfolgen (§ 478, Abs. 2 und 3).

1. Die Entscheidung durch das Revisionsgericht soll die Regel bilden, eine Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht oder an das Processgericht erster Instanz ist nur bei Nichtigkeiten und wesentlichen Mängeln, und auch da nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zulässig.

Es muss erstens eine neue Verhandlung nothwendig sein und es muss zweitens das Urtheil des Berufungsgerichtes

Digitized by Google

wegen eines wesentlichen Mangels des Berufungsverfahrens (§ 503, Z. 2) oder wegen der in erster und zweiter Instanz unterlaufenen und von der Partei angefochtenen Nichtigkeit des mangelnden rechtlichen Gehöres (§ 477, Z. 4) oder der mangelnden Vertretung (§ 477, Z. 5) aufgehoben worden sein.

In diesen Fällen ist, wenn die Nichtigkeit in erster Instanz unterlaufen ist, die Sache an die erste Instanz (§ 478, Abs. 2, 3), sonst an die Berufungsinstanz zurückzuverweisen.

Nichtigkeiten, welche von amtswegen in jeder Lage des Rechtsstreites zu berücksichtigen sind, und zwar: von der Partei behauptete Ausschließungsgründe eines Richters (§ 22 J. N.), unheilbare Unzuständigkeit (§§ 43, 104 J. N.), Unzulässigkeit des Rechtsweges (§ 42 J. N.), Mangel der Processfähigkeit und der gesetzlichen Vertretung (§ 6), Mangel der Vollmacht (§ 37) werden auch im Revisionsverfahren ohne Revisionsantrag und über die Grenzen eines solchen Antrages hinaus berücksichtigt werden müssen.

2. Die Entscheidung des Revisionsgerichtes besteht entweder in der Verwerfung der Berufung als unzulässig, verspätet, formwidrig, in der Zurückweisung der Klage bei Aufhebung des erstrichterlichen Urtheiles wegen Nichtigkeit, wenn zur Erledigung eine weitere Verhandlung nicht nothwendig ist (§ 477, Z. 3, 5, 6) oder endlich in der Zurückweisung der Revision als unbegründet oder in der meritorischen Abänderung des Urtheiles zweiter Instanz. Zugleich hat das Revisionsgericht über die Kosten zu entscheiden (§§ 50, 51).

§ 511. Das Gericht, an welches die Sache zurückverwiesen wurde, ist bei der weiteren Behandlung und Entscheidung an die rechtliche Beurtheilung gebunden, welche das Revisionsgericht seinem aufhebenden Urtheile zugrunde gelegt hat.

Zum Zwecke der Aufnahme des Verfahrens beim Berufungsgerichte oder beim Gerichte erster Instanz haben diese die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung von amtswegen anzuberaumen.

Zu vergleichen Anm. 1, 2 zu § 499.

§ 512. Findet das Revisionsgericht, dass die Revision muthwillig oder nur zur Verzögerung der Sache angebracht wurde, so ist gegen den Revisionswerber oder nach Umständen gegen dessen Advocaten auf eine Muthwillensstrafe zu erkennen.

Die Muthwillensstrafe, welche die Revisionsinstanz zu verhängen hat, wenn die erhobene Revision nicht bloß unbe-

Digitized by Google

gründet ist, sondern auch muthwillig oder zur Verzögerung der Rechtssache angebracht erscheint, hat in der Regel die Partei zu treffen, für welche das Rechtsmittel eingelegt wurde. Geschah jedoch letzteres ohne Vorwissen der Partei, oder wurde auf deren Entschluss von ihrem Vertreter ein ungebürlicher Einfluss ausgeübt, oder liegen überhaupt Umstände vor, welche den Muthwillen nicht sowohl auf Seite der Partei als auf jener des Advocaten constatieren, so ist letzterer zu bestrafen (Regierungsmotive, S. 310). Die Muthwillensstrafe darf den Betrag von 300 fl. nicht übersteigen (§ 220).

§ 513. Soweit sich nicht aus den Bestimmungen dieses Abschnittes Abweichungen ergeben, sind die Vorschriften über die Berufung auch auf die Revision anzuwenden.

Dritter Abschnitt: **Recurs.**

Zulässigkeit.

§ 514. Gegen Beschlüsse (Bescheide) ist, sofern das gegenwärtige Gesetz die Anfechtung derselben nicht ausschließt, der Recurs zulässig.

Mittels Recurses können Beschlüsse insbesondere auch aus den im § 477 angegebenen Gründen angefochten werden.

Gegen Beschlüsse, durch welche gemäß § 51, Abs. 2, der Ersatz der Kosten dem Gerichte auferlegt wird, können die hienach zum Kostenersatze verpflichteten richterlichen Beamten Recurs ergreifen.

1. Die Regierungsvorlage theilt die Beschlüsse bezüglich ihrer Anfechtbarkeit durch den Recurs in drei Kategorien. Erstens gibt es rein vorbereitende Beschlüsse, die bloß formeller Natur sind, daher das Meritum der Sache weder direct noch indirect berühren und der Rechtssphäre der Partei in keiner Weise nahetreten; diese sind als unanfechtbar erklärt (§ 514).

Zweitens gibt es eine Reihe von processleitenden Verfügungen, welche zwar eine materielle Wirkung äußern, jedoch nicht für sich allein, sondern erst in Verbindung mit einer späteren Entscheidung oder Beschlussfassung; ob solche Beschlüsse die Parteien beschweren, lässt sich daher nicht abstract oder von vorneherein beurtheilen, sondern erst nach den Ergebnissen der Verhandlung. In einem derartigen Falle ist daher zur Vereinfachung und zugleich zur Hintanhaltung

Digitized by Google

einer überflüssigen Beschwerdeführung der Recurs insolange aufgeschoben, bis jener spätere Beschluss gefasst ist und es sich definitiv herausstellt, ob der Beschluss die Partei geschädigt hat oder nicht (§ 515). Es gibt aber noch eine dritte Kategorie von Beschlüssen, welche für die Parteien sofort präjudiciell wirken und das weitere Verfahren in dem Maße beherrschen, dass vorweg festgestellt werden muss, ob es bei dem Beschlusse verbleiben kann oder nicht. Diese sind sofort mittels Recurses anfechtbar (Motive des Ausschusses, S. 50).

Gegen Entscheidungen, Anordnungen und Verfügungen des Gerichtes, welche nicht in der Form des Urtheiles, sondern als Beschluss (Bescheid) (§ 425) ergehen, sowie gegen die in einem Urtheile enthaltene Entscheidung über die Processkosten ist das Rechtsmittel des Recurses zulässig, falls deren Anfechtung nicht ausgeschlossen oder deren abgesonderte Anfechtung (§ 515) nicht untersagt ist.

2. Nachfolgende Beschlüsse können überhaupt nicht angefochten werden:

Die Anordnung der Beglaubigung einer Vollmacht (§ 30).

Die Anordnung der Fortsetzung des Verfahrens in der Hauptsache vor Rechtskraft des einen Antrag auf Sicherheitsleistung für die Processkosten abweisenden Beschlusses (§ 61).

Die Bewilligung des Armenrechtes und die Anordnung der Bestellung eines Advocaten für die arme Partei (§ 72).

Der Auftrag zur Vorlage der Urschrift einer Urkunde und die Abkürzung der dreitägigen Frist zur Einsichtnahme der vorgelegten Urkunde (§ 82).

Der Auftrag, eine von Hand zu Hand mitgetheilte Urkunde zurückzustellen (§ 83).

Die gerichtliche Bestellung eines gemeinsamen Zustellungsbevollmächtigten (§§ 97, 98).

Die Ertheilung oder Verweigerung der Erlaubnis der Vornahme einer Zustellung an Sonn- oder Feiertagen und zur Nachtzeit (§ 100).

Die Anordnung, dass ein Edict auch in anderen Zeitungen als dem Amtsblatte oder dass es mehr als einmal eingeschaltet werde (§ 117).

Die erste Verlängerung einer Frist nicht über die Dauer der ursprünglichen Frist, die erste Erstreckung einer Tagsatzung nicht über vier Wochen und die Ablehnung eines Antrages auf Abkürzung einer Frist (§ 141).

Die Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 153).

Digitized by Google

Die Verbindung mehrerer Processe zur gemeinsamen Verhandlung (§§ 187, 192).

Die Trennung der Verhandlung über mehrere in derselben Klage erhobene Ansprüche (§§ 188, 192).

Die Beschränkung der Verhandlung auf einen oder mehrere Streitpunkte (§§ 189, 192).

Die Aufnahme des Verfahrens nach rechtskräftiger Erledigung eines Präjudicialverfahrens (§§ 190, 191, 192).

Die Erklärung einer Sache als Ferialsache (§ 224).

Die Beschlüsse, durch welche ein vorbereitendes Verfahren angeordnet oder der Antrag auf Einleitung eines solchen abgewiesen wird (§ 247).

Die Entscheidungen des Vorsitzenden über Beschwerden gegen den beauftragten Richter im vorbereitenden Verfahren (§ 255).

Der Beschluss auf Ergänzung des vorbereitenden Verfahrens (§ 256).

Die Beschlüsse des Vorsitzenden über die in der Klage oder einem vorbereitenden Schriftsatze gestellten processleitenden Anträge (§§ 257, 258, 438).

Die sofortige Aufnahme der Verhandlung zur Hauptsache, wenn eine Processeinrede abgewiesen wurde (§ 261).

Der Beschluss, durch welchen die Ergänzung oder Wiederholung einer Beweisaufnahme angeordnet wird (§§ 264, 286, 289, 291, 389).

Der Beschluss auf schriftliche Feststellungen zum Verhandlungsprotokolle und die Entscheidung über die Richtigkeit solcher Feststellungen (§ 265).

Die Zulassung der stenographischen Aufzeichnung einer Beweisaufnahme (§§ 280, 291).

Die Uebertragung der Bestellung des Ersuchschreibens wegen einer Beweisaufnahme im Auslande an den Beweisführer und die Bestimmung einer Frist für die Beweisaufnahme oder für die Vorlage der Acten (§§ 283, 291).

Die Anordnung, dass dem Gegner nur einzelne Theile der Urkunde vorzuweisen sind (§§ 298, 319).

Der Auftrag zur Vorlage der Urschrift einer Urkunde (§§ 299, 319).

Der Beschluss, dass die Urkunde einem beauftragten oder ersuchten Richter vorgelegt werde (§§ 300, 319).

Die Beschlüsse und Verfügungen wegen Herbeischaffung einer bei einem Notare oder einer öffentlichen Behörde verwahrten Urkunde (§§ 301, 319).

Digitized by Google

Die Anordnung, dass mit der Fortsetzung der mündlichen Verhandlung wegen eines gegen einen Dritten anhängig zu machenden Editionsprocesses gewartet werde und die Anordnung der Fortsetzung dieser Verhandlung (§§ 309, 319).

Die Einholung der Auskunft des Ausstellers einer öffentlichen Urkunde über die Echtheit derselben (§§ 310, 319).

Der Auftrag, dass eine Partei zum Zwecke der Schriftenvergleichung eine Anzahl von Worten niederschreibe (§§ 314, 319).

Die Schriftenvergleichung durch das Gericht selbst oder durch Sachverständige (§§ 315, 319).

Die Entscheidung über den Einfluss der Aussage- oder Eidesverweigerung eines Zeugen auf den Fortgang des Verfahrens (§§ 326, 349).

Die Zeugenladung (§§ 329, 349).

Die Anordnung des Erlages eines Kostenvorschusses auf die Zeugengebüren binnen einer bestimmten Frist und die Entscheidung über die Fortsetzung der Verhandlung bei nicht rechtzeitigem Erlage des Vorschusses (§§ 332, 349).

Die neuerliche Ladung und die Vorführung eines Zeugen (§§ 333, 349).

Die Fortsetzung der Verhandlung nach Ablauf der für eine Zeugeneinvernahme bestimmten Frist (§§ 335, 349).

Die Beschlüsse über die Beeidigung eines Zeugen (§§ 337, 338, 349).

Der Auftrag zur Leistung eines Vorschusses an den Zeugen (§§ 346, 349).

Die Entscheidung über die Zeugengebüren (§ 347).

Die Bestimmung der Zahl der zu bestellenden Sachverständigen (§§ 351, 366).

Der Beschluss, durch welchen die Bestellung der Sachverständigen dem beauftragten Richter überlassen wird (§§ 352, 366).

Die Enthebung eines abgelehnten Sachverständigen (§§ 356, 366).

Die über die Beeidigung eines Sachverständigen gefassten Beschlüsse (§§ 358, 366).

Die Beschlüsse, durch welche für die Abgabe eines Gutachtens eine Frist bestimmt oder eine Tagsatzung angeordnet wird (§§ 360, 366).

Die Ladung eines Sachverständigen (§§ 329, 349, 367).

Die Fristbestimmung für den Erlag eines Kostenvorschusses auf Sachverständigengebüren und die Fortsetzung

Digitized by Google

der Verhandlung trotz nicht rechtzeitigen Erlages (§§ 332, 349, 367).

Der Auftrag zur Leistung eines Vorschusses an den Sachverständigen (§§ 346, 349, 367).

Die Beschlüsse, durch welche dem um die Aufnahme eines Augenscheines ersuchten oder mit demselben beauftragten Richter die Entscheidung über die Zuziehung von Sachverständigen und deren Ernennung überlassen wird und der Auftrag zum Erlage eines Kostenvorschusses für den Augenschein (§§ 332, 366, 368).

Die Bewilligung einer Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises (§ 386).

Die Gewährung und Verweigerung der sofortigen Beweisaufnahme zur Sicherung einer Beweisführung noch vor Zustellung des Beschlusses an den Gegner (§ 387).

Die Anordnung, dass die weitere Verhandlung bis zum Eintritte der Rechtskraft eines Zwischenurtheils auszusetzen sei (§ 393).

Die Entscheidung über den Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes (§ 420).

Die Anordnung eines Sühnversuches (§ 433).

Die Aufnahme eines die Ausübung der besonderen Gerichtsbarkeit ausdrückenden Beisatzes in das Urtheil eines Bezirksgerichtes und die Verweigerung der Aufnahme dieses Beisatzes (§ 446).

In Bagatellsachen die Beschlüsse erster Instanz mit Ausnahme der im § 517 aufgezählten und alle Beschlüsse des Berufungsgerichtes (§ 517).

Die im Berufungsverfahren ergehenden Beschlüsse des Berufungsgerichtes mit Ausnahme der in den §§ 490, 514, 519 aufgezählten (§ 519).

Der aufhebende Beschluss des Berufungsgerichtes über einen Recurs, wenn der Vollzug nicht von der Rechtskraft abhängig gemacht ist (§ 527).

Bestätigende Recurs-Entscheidungen des Berufungsgerichtes (§ 528).

Der Beschluss, mit welchem die Einleitung des strafgerichtlichen Verfahrens über eine Wiederaufnahmsklage veranlasst wird (§ 539).

Die Verhandlung zur Hauptsache nach Verkündung und vor Ausfertigung der dem Wiederaufnahmsbegehren stattgebenden Entscheidung (§ 542).

Digitized by Google

Die Entscheidung über den Antrag auf Unterbrechung des Berufungs- oder Revisionsverfahrens anlässlich einer Wiederaufnahmsklage (§§ 544, 545, 546).

Der Zahlungsauftrag im Mandatsverfahren (§ 552) und im Wechselverfahren (§§ 557, 558, 559) mit Ausnahme des Recurses gegen den Kostenzuspruch.

Die Aufträge zur Uebergabe oder Uebernahme eines Bestandgegenstandes (§ 575).

Der Beschluss über den Antrag auf Bestellung eines Schiedsrichters (§ 582).

Der Zahlungsbefehl im Syndicatsverfahren (§§ 602, 552).

3. Nachfolgende Beschlüsse können gemäß anderer Gesetze nicht angefochten werden:

Der Zahlungsbefehl im Mahnverfahren (§ 5, Ges. vom 27. April 1873, Nr. 67 R. G. Bl.).

Der die Ablehnung eines Richters aussprechende Beschluss (§ 24 J. N.).

Die Entscheidung über die Ablehnung anderer gerichtlicher Organe (§ 26 J. N.).

Die Entscheidung von Streitigkeiten über die Zuständigkeit zwischen inländischen Gerichten (§ 47 J. N.).

Die im Executionsverfahren nicht anfechtbaren Beschlüsse (§§ 19, 20, 21, 22, 30, 99, 100, 167, 206, 239, 289, 345, 351 E. O.) werden bei § 65 E. O. angeführt werden.

§ 515. In den Fällen, in welchen nach den Bestimmungen dieses Gesetzes gegen einen Beschluss ein abgesondertes Rechtsmittel versagt ist, können die Parteien ihre Beschwerden gegen diesen Beschluss mit dem gegen die nächstfolgende anfechtbare Entscheidung eingebrachten Rechtsmittel zur Geltung bringen.

1. Nach dem Grundsatze des § 462, Abs. 2, erlangt in der Regel keine richterliche Entscheidung und Verfügung, die im Verfahren bis zum Urtheile erlassen wurde, früher als letzteres Rechtskraft, weil solche richterliche Beschlüsse oder Bescheide mit den gegen das Urtheil statthaften Rechtsmitteln angefochten werden können (Regierungsmotive, S. 311). Gerade die Beschlüsse, gegen welche ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen ist, sind im zweiten Absatze des § 462 gemeint und es ist daher unter der nächstfolgenden anfechtbaren Entscheidung nicht der erste mit Recurs anfechtbare Beschluss, sondern die nächste Entscheidung zu verstehen, mit welcher die Sache für die Instanz erledigt wird, mag diese Entscheidung in der Form eines Beschlusses oder eines Urtheiles ergehen.

Digitized by Google

Findet sich die Partei nicht veranlasst, gegen die nächste anfechtbare Entscheidung ein Rechtsmittel einzubringen und wird diese Entscheidung im Instanzenzuge abgeändert, so wird der Beschluss, gegen welchen die Beschwerde vorbehalten war, mit dem Rechtsmittel gegen die abändernde Entscheidung des Berufungsgerichtes angefochten werden können.

Bei dieser Auslegung wird es auch unmöglich sein, den Zweck der vorbehaltenen Beschwerde dadurch zu vereiteln, dass zum Zwecke der Ermöglichung eines Recurses, der abgesondert nicht zulässig ist, sofort eine dem Recurse unterliegende Entscheidung des Processgerichtes (z. B. die Ablehnung des Antrages auf Ertheilung des Armenrechtes) provociert und sohin im Laufe des Verfahrens gegen diesen ablehnenden Beschluss und gleichzeitig gegen den früheren Beschluss der Recurs ergriffen wird.

2. Durch ein abgesondertes Rechtsmittel können nicht angefochten werden:

Die Verfügungen zur Behebung des Mangels der Processfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung und der besonderen Ermächtigung zur Processführung sowie gegen die Zulassung der processunfähigen Partei oder ihres nicht legitimierten Vertreters zu einstweiligen Processhandlungen (§ 6).

Die Zulassung eines Nebenintervenienten (§ 18).

Die Zurückweisung eines Winkelschreibers als Bevollmächtigten (§ 29).

Die anlässlich des Einschreitens einer nicht mit Vollmacht ausgewiesenen Person gefassten Beschlüsse (§ 38).

Der Auftrag zur Beseitigung von Formgebrechen bei Schriftsätzen (§ 84) einschließlich des geforderten Nachweises der Bestellung eines Advocaten (§ 37) (welche durch den Vorsitzenden zu erfolgen haben).

Die Bestimmung einer Frist zur Wiedervorlage eines Schriftsatzes (§ 85), welche gleichfalls vom Vorsitzenden ausgeht.

Der Auftrag des Vorsitzenden zur Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten (§ 95).

Die Anberaumung einer Tagsatzung und die Ladung zu derselben (§ 130).

Die Ausschließung der Oeffentlichkeit (§ 173).

Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens (§ 179), die processleitenden Verfügungen nach §§ 181, Abs. 2, und die Entscheidungen des Senates über die Zulässigkeit der nach § 184 vom Vorsitzenden zurückgewiesenen oder vom Gegner bestrittenen Fragen (§ 186).

Digitized by Google

Die Beschlüsse des Einzelrichters und des Senates betreffs der Protokollierung (§ 214).

Der Auftrag zur Beantwortung der Klage (§ 243).

Die in die Entscheidung der Hauptsache aufgenommene Entscheidung über Processeinreden (§ 261).

Die Zurückweisung angebotener Beweise (§ 275), Beweisbeschlüsse (§ 277), die Zurückweisung neuen thatsächlichen Vorbringens und neuer Beweisanträge (§ 278), die Beschlüsse, durch welche die Benützung eines Beweises bewilligt oder ausgeschlossen wurde (§§ 279, 335), die Uebertragung der Beweisaufnahme an einen beauftragten Richter (§ 282), die Erlassung von Ersuchschreiben zum Zwecke der Beweisaufnahme (§§ 283, 285), die Verweigerung der Ergänzung einer von einem beauftragten oder ersuchten Richter vorgenommenen Beweisaufnahme seitens des Vorsitzenden (§ 286) und die Beschlüsse, durch welche Fragen der Parteien bei der Beweisaufnahme zurückgewiesen wurden (§§ 289, 291, 342, 349).

Die Entscheidung über einen Editionsantrag gegen den Processgegner (§ 303), der Beschluss auf eidliche Abhörung des Processgegners anlässlich eines solchen Antrages (§ 307) und der Beschluss nach § 316, dass eine Urkunde bei Gericht zurückbehalten werde (§ 319).

Die Entscheidung über die Rechtsmäßigkeit der Verweigerung einer Zeugenaussage oder der Beantwortung einzelner Fragen (§ 324), des Zeugeneides (§ 326), der Beschluss, dass die Abhörung eines Zeugen nach § 337 zu unterbleiben habe, die Beschlüsse über die Reihenfolge, in welcher die Zeugen zu vernehmen sind, über die Gegenüberstellung von Zeugen (§ 339), die Vernehmung der Zeugen über die allgemeinen und über die ihre Glaubwürdigkeit betreffenden Fragen (§ 340), die Beschlüsse hinsichtlich der Betheiligung der Parteien an der Zeugenvernehmung (§ 341), der Ausspruch nach § 342, dass die auf eine unzulässige Frage vor dem beauftragten oder ersuchten Richter ertheilte Antwort unberücksichtigt bleibe (§ 349).

Der Beschluss, durch welchen die Ablehnung eines Sachverständigen verworfen (§ 356) oder eine schriftliche Begutachtung (§ 357) angeordnet wird (§ 366).

Beschlüsse und Verfügungen bei Vornahme eines Augenscheines (§ 370).

Beschlüsse, durch welche einzelne zu beschwörende Thatsachen bei der eidlichen Parteieneinvernahme hervorgehoben werden oder die Fassung der eidlichen Aussage bestimmt wird (§ 377).

Digitized by Google

Die Zurückweisung des Antrages auf Berichtigung von Schreib- und Rechnungsfehlern oder anderen offenbaren Unrichtigkeiten im Urtheile (§ 419).

Der Ausspruch des Berufungsgerichtes, dass das Verfahren in erster Instanz erst nach eingetretener Rechtskraft der Berufungsentscheidung aufzunehmen oder fortzusetzen sei (§ 479).

Der Ausspruch des Berufungsgerichtes, inwieweit das Urtheil erster Instanz als nicht angefochten zur Execution geeignet ist (§ 490).

Alle Beschlüsse im Besitzstörungsverfahren mit Ausnahme des Endbeschlusses und der Beschlüsse, durch welche die Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens verweigert wird (§ 518).

Der Beschluss, durch welchen infolge eines Recurses die Hemmung des Verfahrens, der Ausführung des angefochtenen Beschlusses oder der auf Grund desselben einzuleitenden Execution verfügt wird (§ 524).

Nach § 62 J. N. können auch die Beschlüsse wegen Zuziehung eines Berufs- oder Laienrichters als Ergänzungsrichter in Fällen der sachlichen Unzuständigkeit durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht angefochten werden. Sofern der Ausspruch über die Zulässigkeit des Rechtsweges, Streitanhängigkeit und Rechtskraft in die über die Hauptsache ergehende Entscheidung aufgenommen wird, kann derselbe nach § 261 nur mittels des gegen die Entscheidung in der Hauptsache offen stehenden Rechtsmittels angefochten werden. In der Executionsordnung ist der Recurs in den §§ 66, 239 vorbehalten.

§ 516. Die vom Vorsteher eines Gerichtshofes, vom Vorsitzenden des Senates oder von einem beauftragten Richter gefassten Beschlüsse können, sofern nichts anderes angeordnet ist, durch das Rechtsmittel des Recurses angefochten werden; die Anfechtung ist jedoch unstatthaft, wenn nicht früher die Abänderung des fraglichen Beschlusses beim Gerichtshofe beantragt wurde.

1. Das besondere Erfordernis des § 516 für die Anfechtbarkeit von Beschlüssen gilt nur für die von dem Vorsteher eines Gerichtshofes, von dem Vorsitzenden des Senates oder von einem beauftragten Richter gefassten Beschlüsse, daher nicht für die Beschlüsse des Vorstehers eines Bezirksgerichtes oder des ersuchten Richters. Bei der ersten Tagsatzung fungiert der Senatsvorsitzende oder der beauftragte Richter als erkennender Richter, auf seine diesbezüglichen Beschlüsse ist daher § 516 nicht anwendbar. Beschlüsse eines

Digitized by Google

beauftragten Richters können schon nach § 35 J. N., sofern nichts anderes bestimmt ist, von dem Gerichte, welches den Auftrag ertheilt hat, auf Antrag oder von amtswegen abgeändert werden. Außer den bei § 514 angeführten unanfechtbaren Beschlüssen bestimmt das Gesetz, dass die von dem beauftragten Richter im vorbereitenden Verfahren (§ 255) erlassenen Anordnungen und Beschlüsse, sofern deren Anfechtung im Wege eines besonderen Rechtsmittels zulässig erscheint, nur vom Vorsitzenden des Senates abgeändert werden können. Die Entscheidung des beauftragten Richters über die Zulässigkeit einer Frage beim Zeugen- und Sachverständigenbeweise kann durch das erkennende Gericht abgeändert werden (§ 342).

2. Die Frist für die Erhebung des Recurses gegen Beschlüsse eines Gerichtshofes, des Vorsitzenden des Senates oder eines beauftragten Richters beginnt mit dem Tage nach Zustellung oder Verkündung des anzufechtenden Beschlusses. Die Recursfrist erfährt weder durch das Erfordernis, vor Anfechtung des Beschlusses dessen Abänderung beim Gerichtshofe zu beantragen, noch durch die thatsächliche Anbringung eines solchen Antrages eine Verlängerung.

Der Antrag, den Beschluss abzuändern, kann vor Erhebung des Recurses für sich allein angebracht oder mit dem Recurse verbunden werden.

Ueber einen mit dem Recurse verbundenen Antrag hat das Gericht vor Vorlage des Recurses an das Recursgericht zu entscheiden. Mit der Abänderung des Beschlusses im Sinne des gestellten Antrages wird zugleich der Recurs erledigt. Findet sich jedoch das Gericht nicht bestimmt, dem Antrage im vollen Umfange stattzugeben, so ist der Recurs unter Hinweis auf den rechtzeitig gestellten Abänderungsantrag und dessen Entscheidung dem Recursgerichte vorzulegen.

Ueber einen vor Ueberreichung des Recurses gestellten Abänderungsantrag ist mit thunlichster Beschleunigung zu entscheiden. Ein Recurs, der erst nach Ablauf der Recursfrist überreicht wird, ist zurückzuweisen (§ 523 C. P. O.), wenn auch die Abänderung rechtzeitig innerhalb der Recursfrist beim Gerichtshofe beantragt wurde (§ 151 Gesch.-O.). Bei mündlich in der Verhandlung gefassten und verkündeten Beschlüssen wird deren Abänderung sofort zu beantragen sein (§ 196). Auch bei jenen Beschlüssen, gegen welche ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen ist, wird die Abänderung sofort zu begehren sein, weil dieselbe später in erster Instanz nicht mehr durchführbar wäre. Bei sofort anfechtbaren Beschlüssen wird die Abänderung des Beschlusses in Verbindung mit dem Re-

Digitized by Google

curse innerhalb der Recursfrist zu beantragen sein, weil sonst die Recursfrist versäumt werden kann.

§ 517. In Bagatellsachen kann nur gegen die folgenden Beschlüsse erster Instanz Recurs ergriffen werden:

1. wenn die Einleitung oder Fortsetzung des gesetzmäßigen Verfahrens über die Klage verweigert wurde;

2. wenn über den Antrag auf Bestellung einer Sicherheit für die Processkosten oder auf Ergänzung dieser Sicherheit entschieden wurde;

3. wenn dem Begehren um Erstreckung einer Tagsatzung unter Verletzung der Bestimmungen des § 134 stattgegeben wurde und der Beschluss zugleich gemäß § 141 anfechtbar ist;

4. wenn ein Antrag auf Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung einer Tagsatzung oder wegen Verstreichens der Frist zur Erhebung eines Rechtsmittels abgewiesen wurde;

5. wenn über zu ersetzende Kosten durch Beschluss entschieden wurde.

Gegen Beschlüsse des Berufungsgerichtes ist in Bagatellsachen der Recurs ausgeschlossen.

Die Einleitung oder Fortsetzung des gesetzmäßigen Verfahrens wird auch dann verweigert, wenn statt des Bagatellverfahrens das ordentliche Verfahren vor dem Bezirksgerichte eingeleitet oder gemäß § 453 das Bagatellverfahren in das ordentliche Verfahren hinübergeleitet wird. Trotz der Vorschrift des § 130 wird daher in solchen Fällen der Recurs zustehen, weil derselbe nicht gegen die Anordnung der Tagsatzung, sondern gegen die Verweigerung der Einleitung oder Fortsetzung des gesetzlichen Verfahrens gerichtet ist. Betreffs der Bestellung einer Sicherheit für die Processkosten gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 60 ff. Fristerstreckungen sind im Bagatellverfahren unanfechtbar, Tagsatzungserstreckungen können auch im Bagatellverfahren nur dann angefochten werden, wenn es sich um wiederholte Erstreckungen handelt oder wenn die erste Erstreckung die Dauer von vier Wochen überschreitet.

Die Bestimmungen über die Wiedereinsetzung sind in den §§ 146 ff. enthalten.

Außer den Fällen, in welchen durch Beschluss über die Kosten entschieden wurde, wird auch der in einem Bagatellurtheile enthaltene Abspruch über die Kosten ohne gleichzeitige Anfechtung der in der Hauptsache ergangenen Entscheidung nur mittels Recurses angefochten werden können (§ 55).

Digitized by Google

Sowohl die über einen Recurs, als auch die über eine Berufung ergangenen Beschlüsse des Berufungsgerichtes (§§ 471, 473, 474, 477, 478, 501) sind unanfechtbar.

§ 518. Im Verfahren über Klagen wegen Störung des Besitzstandes (§ 454) kann nur gegen Beschlüsse, durch welche die Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens über die Klage verweigert wird, und gegen den Endbeschluss Recurs ergriffen werden.

Beschwerden gegen alle anderen im Laufe des Verfahrens gefassten Beschlüsse, und insbesondere gegen die während des Verfahrens erlassenen einstweiligen Verfügungen sind mit dem gegen den Endbeschluss gerichteten Recurs zu verbinden.

Im Besitzstörungsverfahren sind alle anderen Rechtsmittel mit Ausnahme des Recurses, insbesondere auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausgeschlossen (§ 460). Der Recurs ist nur gegen den Endbeschluss (§ 459) und gegen die Abweisung der Klage a limine oder gegen die Einstellung des Verfahrens zulässig. Ein Revisionsrecurs gegen gleichlautende Entscheidungen ist ausgeschlossen (§ 528).

Gegen die aufrechte Vorbescheidung einer Besitzstörungsklage wird daher ein Recurs nicht mehr zulässig sein (vergl. E. d. O. G. H. Nr. 13523 und 7912).

Gegen den Beschluss, mit dem der gegen eine provisorische Verfügung Dawiderhandelnde zur Strafe gezogen wird, ist ein Recurs unzulässig (E. d. O. G. H. Nr. 9789).

Ob die während der Verhandlung getroffenen einstweiligen Vorkehrungen während der Anhängigkeit des Recurses gegen den Endbeschluss fortdauern sollen, hat der Richter erster Instanz nach freiem Ermessen zu bestimmen (§ 525).

§ 519. Gegen die im Berufungsverfahren ergehenden Beschlüsse des Berufungsgerichtes ist der Recurs nur statthaft:

1. wenn durch den Beschluss die Berufung zurückgewiesen wurde;

2. wenn die Nichtigkeit des erstrichterlichen Urtheiles vom Berufungsgerichte durch Beschluss ausgesprochen wurde;

3. wenn die Rechtssache durch Beschluss zur Entscheidung oder zur Verhandlung und Entscheidung an ein Gericht erster Instanz oder an ein anderes Berufungsgericht verwiesen und wenn zugleich in dem Beschlusse des Berufungsgerichtes ausgesprochen wurde, dass das Verfahren in erster Instanz oder das Berufungsverfahren erst nach eingetretener Rechtskraft dieses Beschlusses aufzunehmen oder fortzusetzen sei.

Digitized by Google

1. Die Entscheidung des Berufungsgerichtes über eine Berufung kann die Rechtsstellung einer Partei alterieren, ohne dass es in der Sache selbst erkannt hätte; vielleicht gerade dadurch, dass dies nicht geschah. Es wurde die Berufung wegen Unzulässigkeit verworfen, das erstrichterliche Urtheil keiner meritorischen Kritik unterzogen, sondern wegen Nichtigkeit aufgehoben; oder das Berufungsgericht erkennt nur mittelbar in der Sache selbst, indem es z. B. eine Ergänzung der Verhandlung anordnet u. s. w. Ob es sich dabei um Würdigung der von einer Partei geltend gemachten Anfechtungsgründe handelt oder das Berufungsgericht damit von amtswegen gegen gewisse Mängel reagiert, ist gleichgiltig; eine der Parteien kann durch eine solche Entscheidung in ihren Interessen gerade so getroffen werden, wie durch eine ihr ungünstige unmittelbar meritorische Abänderung des erstrichterlichen Urtheiles.

Eine solche Entscheidung des Berufungsgerichtes, weil keine sachliche, bietet zu einem selbständigen Angriffe aus den Gründen des § 503 keinen Anlass, und doch kann in der Aufhebung des erstrichterlichen Urtheils ein Fehler liegen. Für diesen Fall stellt der Entwurf den Parteien, entsprechend der Beschlussform, in welcher eine derartige Berufungserledigung ergeht, das Rechtsmittel des Recurses zur Verfügung (Regierungsmotive, S. 309).

2. Die Bestimmungen gelten nur für Beschlüsse im Verfahren über Berufungen. Betreffs des Recurses gegen Recurserledigungen (Revisionsrecurs) ist sich nach § 528 zu richten.

Die Berufung wird durch Beschluss zurückgewiesen (verworfen), wenn dieselbe als gesetzlich unzulässig oder nicht in der gesetzlichen Frist erhoben erscheint; wenn in der Berufungsschrift das angefochtene Urtheil nicht angegeben ist, wenn dieselbe keinen oder keinen bestimmten Berufungsantrag enthält, oder wenn die Berufungsgründe nicht angeführt sind (§§ 474, 495).

Außerdem ist die Berufung durch Beschluss zurückzuweisen gemäß § 149 Gesch.-O., wenn die Klage wegen Streitanhängigkeit oder Rechtskraft zurückgewiesen wird (§ 475, Abs. 3).

Die Nichtigkeit des erstrichterlichen Urtheiles wird ausgesprochen aus den im § 477 angeführten Gründen gemäß der §§ 478, 494.

Die Rechtssache wird zur Entscheidung oder zur Verhandlung und Entscheidung an ein Gericht erster Instanz verwiesen, wenn sich die Berufung gegen ein wegen Säumnis

Digitized by Google

einer Partei gefälltes Urtheil darauf gründet, dass eine Versäumung nicht vorliegt (§ 474), wenn das Gericht erster Instanz mit Unrecht seine Zuständigkeit oder Nichtzuständigkeit ausgesprochen, die Streitanhängigkeit oder Rechtskraft ohne Grund angenommen hat (§ 475), wenn die Sachanträge nicht vollständig erledigt wurden, wenn das Verfahren an wesentlichen Mängeln leidet oder erheblich scheinende Thatsachen in erster Instanz gar nicht erörtert wurden (§ 496).

An ein anderes Berufungsgericht wird die Rechtssache verwiesen, wenn das Berufungsgericht zur Entscheidung über die Berufung nicht zuständig erscheint (§§ 474, 487).

Ob im Falle der Ziffer 3 durch den bezüglichen Beisatz der Recurs für zulässig zu erklären sei oder nicht, hat das Berufungsgericht nach freiem Ermessen zu bestimmen. In zweifelhaften Fällen wird sich die Zulassung des Recurses empfehlen. Gegen den diesbezüglichen Beschluss ist ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 479).

Außer den im § 519 angeführten Fällen ist nach § 514 ein abgesonderter Recurs zulässig gegen die Verfällung des Gerichtes zum Kostenersatze, und ein vorbehaltener Recurs gegen den Beschluss über die Vollstreckbarkeit des erstrichterlichen Urtheiles (§ 490).

Erhebung des Recurses.

§ 520. Der Recurs wird durch Ueberreichung eines Schriftsatzes (Recursschrift) bei dem Gerichte erhoben, dessen Beschluss angefochten wird, dessen Vorsteher den angefochtenen Beschluss erlassen hat oder dem der Vorsitzende des Senates, der beauftragte oder ersuchte Richter angehört hat, gegen dessen Beschluss Recurs ergriffen wird. Bei Bezirksgerichten können Recurse von Parteien, welche nicht durch einen Advocaten vertreten sind, auch mündlich zu Protokoll angebracht werden; schriftliche Recurse müssen mit der Unterschrift eines Advocaten versehen sein.

Wenn ein Beschluss wegen der ihm zugrunde liegenden unrichtigen rechtlichen Beurtheilung mittels Recurs angefochten wird, hat die Vorschrift des § 506, letzter Absatz, entsprechend Anwendung zu finden.

Gleich den übrigen Rechtsmitteln wird auch der Recurs durch Ueberreichung der Recursschrift bei dem Gerichte erster Instanz ergriffen (Regierungsmotive, S. 312).

Dies wird auch für den Revisionsrecurs zu gelten haben. Der Entwurf lässt aber von dem Erfordernisse der schriftlichen

Digitized by Google

Einlegung dieses Rechtsmittels die sachgemäße Ausnahme zu, dass eine Partei, welche sich gegen die Entscheidung oder Verfügung eines Bezirksgerichtes oder des Vorstehers desselben oder des dem Bezirksgerichte angehörigen ersuchten Richters beschwert und im bisherigen Verfahren nicht durch einen Advocaten vertreten ist, ihren Recurs zu Protokoll geben kann (Regierungsmotive, S. 312).

Außerdem kann bei Gerichtshöfen auch der Recurs der armen Partei gegen den Beschluss, durch welchen der für sie bestellte Advocat wegen Muthwilligkeit oder Aussichtslosigkeit der ihm übertragenen Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung enthoben wurde (Art. XXXIII, E. G.), der Recurs eines Zeugen (§ 348) oder Sachverständigen (§ 367) zu Protokoll angebracht werden.

Hievon abgesehen gelten für die Recursschrift die allgemeinen Bestimmungen über die Schriftsätze und die Vertretung durch einen Advocaten mit der Maßgabe, dass die Recursschrift, da ihre Erledigung ohne mündliche Verhandlung stattfindet, auch Rechtsausführungen enthalten kann (Regierungsmotive, S. 312). Auch neue Thatsachen und Beweise werden im Recurse vorgebracht werden können. Vor Gerichtshöfen bedürfen die schriftlich angebrachten Recurse der Zeugen (§ 348) und Sachverständigen (§ 367) der rechtsfreundlichen Fertigung nicht. Recurse wegen Verweigerung, Erlöschung oder Entziehung des Armenrechtes werden mit Rücksicht auf die Bestimmungen des § 72 der rechtsfreundlichen Fertigung gleichfalls nicht bedürfen.

§ 521. Die Recursfrist beträgt vierzehn Tage; sie kann nicht verlängert werden.

Die Frist beginnt mit dem Tage nach Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des anzufechtenden Beschlusses oder der Recursentscheidung, und in Bagatellsachen, wenn beide Parteien bei der Verkündung des Beschlusses anwesend waren, mit dem Tage nach der Verkündung.

Im Wechsel- (§ 555), Bestand- (§ 575) und Mahnverfahren (§§ 5, 12, Ges. v. 27. April 1873, Nr. 67 R.-G.-Bl.) beträgt die Recursfrist acht Tage. Sie ist eine Nothfrist (§ 128), betreffs welcher sonach alle bei § 464 angeführten Bestimmungen gelten. Gemäß § 89 Ger.-Verf.-Ges. kann der Recurs auch telegraphisch erhoben werden. Die Tage des Postenlaufes werden nicht eingerechnet.

Im Executionsverfahren beträgt die Recursfrist in der Regel (§ 65 E. O.) acht Tage, ausnahmsweise bei Entscheidungen

Digitized by Google

über die Vollstreckbarkeit ausländischer Urtheile und über die Bewilligung der Einverleibung des executiven Pfandrechtes (§§ 83, 88 E. O.) vierzehn Tage.

Im Bagatellverfahren gilt dasselbe wie für die Berufungsfrist. Muss der Beschluss zugestellt werden, weil auch nur eine der Parteien bei der Verkündung nicht anwesend war, so beginnt für beide Parteien die Frist mit der Zustellung.

Die Erhebung des Recurses vor Zustellung der schriftlichen Ausfertigung ist nicht unzulässig.

Die Vorschrift des § 521 gilt nur für den sofortigen Recurs. Vorbehaltene Recurse (§ 515) sind mit dem Rechtsmittel gegen die nächstfolgende anfechtbare Entscheidung zu verbinden.

§ 522. Ist der Recurs gegen die Verweigerung oder Entziehung des Armenrechtes, gegen Strafverfügungen wider einen Zeugen oder Sachverständigen oder gegen einen Beschluss gerichtet, welcher bloß processleitender Natur ist, so kann das Gericht oder der Richter, dessen Entscheidung oder Verfügung angefochten wird, dem Recursbegehren selbst stattgeben.

Finden sich dieselben hiezu nicht bestimmt oder werden andere, als die im ersten Absatze bezeichneten Beschlüsse durch Recurs angefochten, so ist der Recurs dem Recursgerichte ohne Aufschub mit aufklärendem Berichte und mit allen für die Beurtheilung des Recurses erforderlichen Acten vorzulegen.

1. Es gibt Beschlüsse und Bescheide, an derem Inhalte keine der Processparteien oder doch nur der Antragsteller interessiert ist, so dass sie sich durch eine Abänderung derselben im Sinne des Recurses nicht beschwert erachten können. Hieher gehören vor allem die Strafverfügungen wider Zeugen (§§ 326, 333, 336) und Sachverständige (§ 354), dann die Verweigerung oder Entziehung des Armenrechtes (§§ 65, 66, 68), endlich können auch — soweit sie überhaupt anfechtbar sind — Beschlüsse processleitender Natur darunter gerechnet werden, namentlich derlei Bescheide, Verfügungen über einseitigen, den Processgang betreffenden Antrag, welcher nicht bei einer mündlichen Verhandlung gestellt wird und dessen Erledigung keine Verhandlung vorauszugehen hat. In diesen Fällen unterliegt es keinem Bedenken, dem Gerichte oder dem Richter, gegen dessen Entscheidung oder Verfügung Recurs erhoben wird, das Recht einzuräumen, dem Recurse sogleich selbst stattzugeben, wenn sie auf Grund erneuerter Erwägung die Beschwerde für gerechtfertigt erkennen (Regierungsmotive, S. 312). Provisorische Verfügungen im Besitzstörungsverfahren

Digitized by Google

(§ 458) können gleichfalls vom ersten Richter aufgehoben werden (§ 525).

2. Processleitende Verfügungen (§ 223, Anm. 1) können auch von amtswegen durch das erkennende Gericht abgeändert werden (§§ 192, 425), es wird sohin gegen solche Verfügungen, auch wenn gegen dieselben ein Rechtsmittel ausgeschlossen ist, eine Vorstellung zulässig sein. Die Vorlage der Recurse und der dazu gehörigen Schriften und Acten an die Rechtsmittelinstanz oder an das Gericht, das die Acten an die Rechtsmittelinstanz zu befördern hat, erfolgt nach § 37 Ger.-Verf.-Ges. durch den Vorsitzenden ohne Beschlussfassung des Senates.

3. Berichte, womit Recurse vorgelegt werden, sind in thunlichst kurzer Fassung auf dem überreichten Recurse oder auf einem beigelegten Blatte in Urschrift zu erstatten; eine Uebertragung in Reinschrift soll nur stattfinden, wenn der Bericht sachliche Mittheilungen macht, die in den übrigen Acten nicht enthalten sind, und die Handschrift des richterlichen Beamten, der den Bericht erstattet hat, schwer leserlich ist.

Eine Darstellung des actenmäßigen Sachverhaltes ist in den Bericht lediglich dann aufzunehmen, wenn der Recurs und die vorgelegten Processacten für sich keine genügende Uebersicht über den maßgebenden Sachverhalt gewähren. Eine im Berichte unternommene Rechtfertigung des angefochtenen Beschlusses muss sich auf die kurze Hervorhebung der wichtigsten Gesichtspunkte beschränken.

Dem Berichte sind die für die Beurtheilung des Recurses erforderlichen Acten sammt Zustellungsscheinen und insbesondere der angefochtene Beschluss mit dem Berathungsprotokolle oder Abstimmungsvermerke in Urschrift beizulegen; im Berichte selbst sind Angaben über die Besetzung des Senates, der den angefochtenen Beschluss gefasst hat, und über das Abstimmungsergebnis nicht zu machen. Die Einsendung beglaubigter Abschriften ist nur hinsichtlich jener Acten zulässig, die zur Fortsetzung des Verfahrens in der unteren Instanz unerlässlich benöthigt werden. Ein Actenauszug ist dem Berichte nicht beizulegen (§ 206 Gesch.-O.). Ueber die Benachrichtigung der Parteien von den an das Gericht erster Instanz gelangten Entscheidungen ist eine Beschlussfassung des Senates nicht einzuholen (§ 205 Gesch.-O.).

Diese Bestimmungen gelten nicht für Berichte, die nicht über Recurse, sondern über Anordnung der übergeordneten Behörden erstattet werden.

Digitized by Google

Solche Berichte sollen alles enthalten, was gegebenenfalls zur Kenntnis der übergeordneten Behörde nothwendig oder nützlich erscheint. In den Berichten sind alle nicht streng sachlichen Wendungen zu vermeiden, bekannte Thatsachen sollen nicht wiederholt werden. Desgleichen ist von einer Wiedergabe des Inhaltes der Anordnung, infolge deren der Bericht erstattet wird, oder einzelner zugleich vorgelegter Actenstücke und von allen überflüssigen Wiederholungen der Sachbezeichnung abzusehen. Die Anordnung ist lediglich nach Datum und Geschäftszahl anzuführen; bei Vorlage von Acten sind die in Betracht kommenden Stellen durch Bezeichnung der Zahl der Actenblätter anzugeben.

In Berichten, welche auf Grund eines Senats- oder Commissionsbeschlusses ergehen, sind die Namen der Personen, welche zum Beschlusse mitgewirkt haben, dann anzuführen, wenn die beiliegenden Acten die Namen jener Personen nicht ersehen lassen. Vorgekommene abweichende Meinungen sind am Schlusse anzumerken.

Dringliche Fälle ausgenommen, sind solche Berichte in Reinschrift zu übersenden (§ 203 Gesch.-O.).

§ 523. Recurse gegen Beschlüsse, wider welche nach den Vorschriften dieses Gesetzes ein Recurs überhaupt nicht stattfindet oder doch ein abgesondertes Rechtsmittel versagt ist, sowie Recurse, die nach Ablauf der Recursfrist erhoben werden, sind von dem Gerichte, bei welchem sie überreicht werden, von amtswegen zurückzuweisen.

Die Form des Recurses richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften für Schriftsätze (§ 74 ff.). Da eine mündliche Verhandlung über den Recurs nicht stattfindet, so ist derselbe nur in einfacher Ausfertigung zu überreichen.

Derselbe kann auch kurze Rechtsdeductionen enthalten (§ 520) und neue Thatsachen und Beweise vorbringen.

Soweit das Gesetz nicht etwas anderes anordnet, ist der Gegner weder von der Ueberreichung des Recurses, noch von dessen Vorlage zu benachrichtigen.

Wird jedoch eine einstweilige Hemmung des Verfahrens oder der Ausführung des Beschlusses angeordnet, der auch für den Gegner von Belang ist, so ist dieser hievon zu verständigen (§ 150 Gesch.-O.).

Das Begehren des Recurses wird auf Abänderung oder Aufhebung des angefochtenen Beschlusses zu richten sein. Formverletzungen des Recurses werden durch das Gericht erster Instanz abzustellen sein (§ 84). Außerdem obliegt

Digitized by Google

dem Gerichte erster Instanz die amtswegige Prüfung der Zulässigkeit des Recurses (§§ 514, 515, 517, 518, 528) und der rechtzeitigen Erhebung desselben (§ 521). Gegen die Zurückweisung des Recurses als unzulässig oder verspätet steht das Rechtsmittel des Recurses zu.

Ueber Verzicht und Zurücknahme enthält das Gesetz keine Bestimmungen; die §§ 472, 484 sind entsprechend anzuwenden.

§ 524. Der Recurs hat in Bezug auf die Ausführung des angefochtenen Beschlusses und den Eintritt der Vollstreckbarkeit desselben keine aufschiebende Wirkung. Eine Ausnahme tritt, soferne nicht das Gesetz etwas anderes bestimmt, bei Strafverfügungen ein, welche im Instanzenzuge anfechtbar sind.

Wenn jedoch aus der Hemmung des Verfahrens, der Ausführung des angefochtenen Beschlusses oder der auf Grund desselben einzuleitenden Execution der Gegenpartei kein unverhältnismäßiger Nachtheil erwächst, und ohne solche Hemmung der Zweck des Recurses vereitelt würde, so hat das Gericht, gegen dessen Beschluss Recurs ergriffen wurde, auf Antrag die einstweilige Hemmung unter gleichzeitiger Anordnung der etwa nothwendigen Sicherungsmaßregeln zu verfügen. Gegen diesen Beschluss findet ein abgesondertes Rechtsmittel nicht statt.

Gleiche Befugnis steht dem Vorsteher des Gerichtes, dem Vorsitzenden des Senates oder dem beauftragten oder ersuchten Richter zu, wenn der Recurs gegen deren Beschlüsse ergriffen wird.

1. Eine Suspensivwirkung kommt dem Recurse in der Regel weder in Bezug auf die Ausführung des angefochtenen Beschlusses, noch auf die Vollstreckbarkeit desselben, noch auf die Fortführung des betreffenden Verfahrens zu. Im § 136 ist die Fortsetzung des Verfahrens bei Verweigerung einer Erstreckung ausdrücklich vorgeschrieben.

Wird der Antrag auf Sicherheitsleistung für die Processkosten abgewiesen, so kann die Fortsetzung des Verfahrens angeordnet werden, ohne dass die Rechtskraft des abweisenden Beschlusses abgewartet werden muss (§ 61). Wenn eine der Einwendungen der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Unzuständigkeit des Gerichtes, der Streitanhängigkeit oder Rechtskraft durch eine abgesonderte Entscheidung abgewiesen wird, ohne dass sogleich zur Verhandlung in der Hauptsache übergegangen würde, kann jede Partei nach Rechtskraft des Beschlusses die Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung in der Hauptsache beantragen (§ 261).

Digitized by Google

Solange dem Zurückweisungsantrag nicht rechtskräftig stattgegeben ist, muss der Intervenient dem Hauptverfahren beigezogen werden (§ 18).

Wenn die Rechtssache gemäß der §§ 478, 494, 496 an ein Gericht erster Instanz oder gemäß § 474 an ein anderes Berufungsgericht verwiesen wird, so ist mit der Anberaumung der Tagsatzung bis nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung des Berufungsgerichtes zu warten, wenn letzteres ausgesprochen hat, dass das Verfahren in erster Instanz erst nach eingetretener Rechtskraft der Berufungsentscheidung aufzunehmen oder fortzusetzen sei (§ 479). Dasselbe gilt, wenn das Recursgericht bei Aufhebung einer Entscheidung dem Gerichte erster Instanz eine neuerliche nach Anhörung der Parteien zu fällende Entscheidung aufgetragen und zugleich bestimmt hat, dass erst nach Eintritt der Rechtskraft des recursgerichtlichen Beschlusses mit dem Vollzuge des Auftrages vorzugehen sei (§ 527).

2. Bei Strafverfügungen, mit Ausnahme der wegen Ungebür bei einer Verhandlung verhängten, sofort vollstreckbaren (§ 201), sohin bei Strafverfügungen wider einen Zeugen (§§ 326, 333, 336), Sachverständigen (§ 354), wegen verletzender Ausfälle in den Schriftsätzen (§ 86), wegen verspäteten Vorbringens in Verschleppungsabsicht (§ 179), wegen Erschleichung des Armenrechts (§ 69), wegen muthwilliger Bestreitung der Echtheit einer Urkunde (§ 313) tritt Suspensivwirkung ein. Der Beschluss wegen Ersatz der Kosten wegen groben Verschuldens der Parteienvertreter (§ 49), der Beschluss, durch welchen die Ergänzung der Sicherheit für die Processkosten angeordnet wird, ist erst nach eingetretener Rechtskraft vollstreckbar (§ 62), desgleichen der Beschluss auf Ersatz der Kosten bei Entziehung des Armenrechts (§ 71) und der Beschluss, womit einem Dritten die Vorlegung einer Urkunde aufgetragen wird (§ 308).

Wenn in einem Beschlusse über die Kostenfrage entschieden wurde (§ 426), so ist die Leistungsfrist auf 14 Tage, im Wechselverfahren auf 3 Tage, nach Eintritt der Rechtskraft zu bestimmen und es kann die Execution gemäß § 7 E. O. vor Ablauf der Leistungsfrist nicht bewilligt werden.

3. Der zweite Absatz trägt einem in der Praxis stets anerkannten Bedürfnisse Rechnung und mildert die Härte, die unter besonderen Verhältnissen eintreten kann, wenn dem Recurse der Suspensiveffect von gesetzeswegen versagt würde. Es ist kaum zu besorgen, dass die Untergerichte von der discretionären Gewalt, welche ihnen § 524, Abs. 2 einräumt, so häufig Gebrauch machen werden, dass der im ersten Absatze

Digitized by Google

aufgestellte Grundsatz dadurch aufgehoben würde. Die Zulässigkeit der Hemmung ist von zwei Momenten abhängig, die neben einander eintreten müssen, um die Hemmung gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Das eine liegt in den Bedürfnissen des Recurrenten (Vereitlung des Zweckes des Recurses), das zweite aber besteht darin, dass die Hemmung ausführbar sein muss, ohne dass daraus dem Gegner des Beschwerdeführers ein Nachtheil erwachse.

Wenn letzteres etwa zweifelhaft ist, wird es das zur Bewilligung eines solchen Aufschubes berufene gerichtliche Organ in der Hand haben, im Wege Anordnung entsprechender Sicherungsmaßregeln zwischen den Bedürfnissen des Recurrenten und jenen seines Gegners einen billigen Ausgleich zu erzielen (Regierungsmotive, S. 312). In solchen Fällen wird auch die Bestellung einer Sicherheit nach § 56 zulässig sein. Die einstweilige Hemmung ist nur auf Antrag zulässig. Gegen die Bewilligung der Hemmung steht ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zu, die Abweisung des Antrages kann mittels Recurses angefochten werden.

§ 525. Insofern im Verfahren über eine Klage wegen Störung des Besitzstandes die während der Verhandlung getroffenen einstweiligen Vorkehrungen durch die Vollstreckung des Endbeschlusses nicht berührt werden, hat der Richter erster Instanz nach seinem Ermessen zu bestimmen, ob dieselben während der Anhängigkeit des Recurses fortdauern sollen oder schon vor Erledigung des Recurses aufzuheben seien.

Der Recurs gegen den Endbeschluss und die Frist dazu hemmt nicht die Execution des Endbescheides im Besitzstörungsverfahren (§ 454). Die richterlich festzustellende Frist zur Erfüllung der dem Verurtheilten auferlegten Verbindlichkeit (§ 459) ist daher nicht von der Rechtskraft des Endbeschlusses (§ 469) zu berechnen, sondern von der Zustellung des Beschlusses.

Diese Bestimmung findet im Sinne und Geiste des Gesetzes auch auf den Fall Anwendung, wenn einer der Streittheile erst in zweiter Instanz obsiegt (E. d. O. G. H. Nr. 9843). Dem Endbeschlusse gegenüber ist das Vorschreiten in der Execution durch den Nachweis der Thatsache bedingt, dass der Execut wider die damit ihm aufgetragene Unterlassung eine das Recht des Executen beeinträchtigende Handlung vorgenommen hat. Diese ist zuerst gerichtlich zu constatieren und sodann über das Executionsgesuch zu entscheiden (E. d. O. G. H. Nr. 4448).

Digitized by Google

Verfahren bei dem Recursgerichte.

§ 526. Ueber den Recurs ist ohne vorhergehende mündliche Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung durch Beschluss zu entscheiden. Vor der Entscheidung kann das Recursgericht die ihm nothwendig scheinenden Erhebungen veranlassen.

Ein unzulässiger oder verspäteter Recurs ist sofort zu verwerfen.

Die Ausfertigung und Zustellung der Entscheidung des Recursgerichtes hat unter sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen des § 500 zu geschehen.

1. Recurse gegen Urtheile und gegen Beschlüsse der Bezirksgerichte für Handels- und Seesachen sind dem übergeordneten Handelsgerichte oder Handels- und Seegerichte (§ 6, J. N.), wenn sich aber am Standorte des Bezirksgerichtes für Handels- und Seesachen ein solches Gericht nicht befindet, dem übergeordneten Kreis- oder Landesgerichte (Handelssenate) vorzulegen.

Das Gleiche gilt für Recurse gegen Urtheile von Bezirksgerichten, die nebst der allgemeinen auch die Gerichtsbarkeit in Handels- und Seesachen ausüben, falls das Urtheil den Beisatz enthält, dass es in Ausübung der Gerichtsbarkeit in Handels- oder Seesachen gefällt wurde. Wurde von einem solchen Bezirksgerichte ein Urtheil in Ausübung der Gerichtsbarkeit in Bergrechtssachen gefällt und als solches bezeichnet (§ 446), so ist ein Recurs gegen dieses Urtheil dem zur Ausübung der Angelegenheiten des Bergbaues berufenen Senate des Kreis- oder Landesgerichtes vorzulegen.

Recurse gegen Beschlüsse von Bezirksgerichten, die nebst der allgemeinen auch die Gerichtsbarkeit in Handels-, See- oder Bergrechtssachen ausüben, sind dem Kreis- oder Landesgerichte vorzulegen und ohne Beiziehung eines fachmännischen Laienrichters zu entscheiden (§ 207, Gesch.-O.). Der Rechtszug gegen die in erster Instanz von den Kreis- und Landesgerichten, sowie von den Handelsgerichten gefassten Beschlüsse geht an die Oberlandesgerichte und gegen die in zweiter Instanz von den Gerichtshöfen erster Instanz oder den Oberlandesgerichten gefassten Beschlüsse an den Obersten Gerichtshof (§§ 3, 4, J. N.). Die Entscheidung des Recursgerichtes erfolgt in nicht öffentlicher Sitzung durch Beschluss, welcher nicht zu verkünden sondern den Parteien in schriftlicher Ausfertigung zuzustellen ist. Hiebei hat das Recursgericht den gesammten auf den Recurs bezüglichen Inhalt der Acten zu berücksichtigen.

Meistens wird die angefochtene Entscheidung auf Grund der Acten zu überprüfen sein, welche dem Untergerichte vor-

Digitized by Google

lagen. Immerhin kann sich in einzelnen Fällen das Bedürfnis einer weiteren Information für das Recursgericht ergeben; namentlich dann, wenn die Partei ihre Beschwerde durch ein neues Vorbringen unterstützt hat und die Erörterung desselben in dem Berichte des Untergerichtes (§ 522, Abs. 2) nicht genügend erscheint, oder wenn ein Umstand auftaucht, der es wünschenswert macht, auch dem Gegner des Recurrierenden Gelegenheit zur Aeußerung zu geben u. s. w. Diesem Bedürfnisse wird leicht entsprochen werden können, ohne dass es deshalb gerade nöthig wäre, eine mündliche Verhandlung vor der Recursinstanz anzuordnen.

Durch die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung würde das Recursverfahren allzusehr verzögert und vertheuert; beides lässt sich unschwer vermeiden, wenn das Recursgericht auf die Abforderung einer schriftlichen Aeußerung oder auf diejenige Art der Information verwiesen wird, die auch in erster Instanz außer den Fällen der mündlichen Verhandlung zu benützen ist, auf die mündliche Einvernehmung des Beschwerdeführers oder seines Gegners oder endlich auf die Einleitung amtlicher Erhebungen. Zur Erleichterung der Parteien ist eine Einvernehmung derselben immer durch Vermittlung eines Gerichtes erster Instanz zu bewirken; entweder des Processgerichtes erster Instanz oder bei Fragen, für welche die Sachverhaltskenntnis des Processgerichtes keine nothwendige Bedingung ist, durch das Bezirksgericht des Wohnsitzes der einzuvernehmenden Partei (Regierungsmotive, S. 312).

2. Unzulässig ist der Recurs gegen unanfechtbare Beschlüsse (§ 514), gegen die durch ein abgesondertes Rechtsmittel nicht anfechtbaren Beschlüsse (§ 515), gegen gleichlautende Entscheidungen der beiden Vorinstanzen (§ 528), unzulässig ist der Recurs insbesondere auch dann, wenn er von einer Person eingebracht wurde, welcher dieses Rechtsmittel nicht zusteht, welche auf dasselbe Verzicht geleistet (§ 472) oder den Recurs zurückgenommen (§ 484) hat. Verspätet ist der Recurs, wenn er nicht rechtzeitig überreicht worden ist (§ 521). Nach §§ 514, 515, 528 unzulässige oder verspätete Recurse sind schon von der ersten Instanz zurückzuweisen (§ 523). Die Prüfung der subjectiven Unzulässigkeit steht dagegen nur dem Recursgerichte zu.

§ 527. Wird dem Recurse stattgegeben, so kann das Recursgericht die infolge seines Ausspruches etwa erforderlichen weiteren Anordnungen demjenigen Gerichte oder Richter übertragen, von welchem der angefochtene Beschluss erlassen war.

Digitized by Google

Wird der angefochtene Beschluss in zweiter Instanz aufgehoben und dem Gerichte der ersten Instanz eine neuerliche, nach Anhörung der Parteien zu fällende Entscheidung aufgetragen, so kann die Entscheidung des Recursgerichtes nur dann angefochten werden, wenn in derselben bestimmt ist, dass erst nach Eintritt ihrer Rechtskraft mit dem Vollzuge des der ersten Instanz ertheilten Auftrages vorzugehen sei.

1. Unbegründete Recurse sind zurückzuweisen. Ueber begründete Recurse hat die Abänderung oder die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses zu erfolgen. Nicht bei allen Recursentscheidungen wird die Beschwerdeinstanz vollkommen in der Lage sein, die weitere den Verhältnissen entsprechende Anordnung sofort zu erlassen. Bisweilen sind auch die Umstände so gestaltet, dass die Anordnung der gewünschten Maßregeln besser und zweckmäßiger vom Untergerichte ausgeht, als von der Recursinstanz. Deshalb soll letztere in Uebereinstimmung mit der dermaligen Spruchpraxis eine infolge ihrer Entscheidung erforderliche weitere Anordnung dem Gerichte oder dem Richter übertragen können, der den Beschluss gefasst hat (Regierungsmotive, S. 513). Wird der Beschluss nicht nach Absatz 2 aufgehoben, so ist jedenfalls eine sachliche Entscheidung zu treffen oder eine solche der Vorinstanz zu veranlassen, sofern nicht schon in der Aufhebung die sachliche Entscheidung liegt. Wenn eine sachliche Entscheidung des Vorderrichters noch nicht vorliegt, also bei Uebergehung eines Anspruches oder bei Verwerfung der Beschwerde in der Recursinstanz als unzulässig, ist die Sache zur Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

2. Von diesem discretionären Uebertragen der Ergänzung einer recursgerichtlichen Entscheidung an das Untergericht sind die Fälle wohl zu unterscheiden, in welchen das Recursgericht bei Aufhebung der angefochtenen Entscheidung bemüssigt ist, der ersten Instanz eine neuerliche Beschlussfassung nach vorgängiger Anhörung der Parteien aufzutragen. Hier wird das Recursgericht nach Beschaffenheit des Streitfalles zu ermessen haben, ob nicht die der ersten Instanz aufgetragene weitere Amtshandlung bis zur Rechtskraft der Recurserledigung auszusetzen sei (Regierungsmotive, S. 313). Ein Revisionsrecurs gegen eine solche aufhebende Entscheidung ist ausgeschlossen, wenn der betreffende Beisatz vom Recursgerichte nicht beigefügt wurde.

3. Sowohl im Falle der Aufhebung des erstrichterlichen Beschlusses, als auch im Falle der Uebertragung der durch

Digitized by Google

den recursgerichtlichen Beschluss nothwendig gewordenen weiteren Anordnungen wird das Untergericht nach § 499 an die rechtliche Beurtheilung des Recursgerichtes gebunden sein. Das Recursgericht wird schließlich bei seiner Entscheidung an die Anträge des Beschwerdeführers gebunden sein. Eine Abänderung ultra petitum oder in pejus erscheint unzulässig.

Ueber die Kosten ist nach Vorschrift der §§ 50 ff. zu entscheiden. Die Kosten sind zuzuerkennen, wenn es sich nicht lediglich um eine die Processleitung betreffende Verfügung handelt, in welchem Falle der Ausspruch über die Kosten der Endentscheidung vorbehalten zu bleiben hat (E. d. O. G. H. Spr.-Rep. 121, Nr. 10560).

§ 528. Recurse gegen Entscheidungen des Gerichtes zweiter Instanz, durch welche der angefochtene erstrichterliche Beschluss bestätigt wurde, sind vom Gerichte erster Instanz von amtswegen zurückzuweisen.

Findet das Recursgericht, dass ein gegen den Beschluss eines Gerichtes zweiter Instanz erhobener Recurs muthwillig oder nur zur Verzögerung der Sache angebracht wurde, so ist gegen den Beschwerdeführer oder nach Umständen gegen dessen Advocaten auf eine Muthwillenstrafe zu erkennen.

Der Revisionsrecurs gegen gleichlautende Beschlüsse der beiden unteren Instanzen ist ausgeschlossen. Eine Ausnahme findet nur im Executionsverfahren im Falle der Entscheidung über ein Ansuchen um Executionsbewilligung auf Grund ausländischer Executionstitel (§ 83 E. O.) und gegen den Vertheilungsbeschluss über den Meistbot für unbewegliche Sachen (§ 239) statt. Zwei inhaltlich gleichlautende Entscheidungen schließen einen weiteren Recurs aus, wenn auch ihre Gründe nicht übereinstimmen (O. L. G. f. Bayern, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 315).

Wird der Beschluss der ersten Instanz zu Gunsten des Beschwerdeführers abgeändert, so steht nicht diesem, sondern nur dem Gegner der Revisionsrecurs zu, wenn die Entscheidung des Recursgerichtes überhaupt mittels Recurses anfechtbar ist (§ 514, 515). Wird der Recurs vom Recursgerichte als unzulässig verworfen, so hat das Recursgericht über den Recurs überhaupt nicht entschieden und der Revisionsrecurs ist zulässig. In diesem Falle hat aber das Revisionsgericht nicht zu entscheiden, sondern die Sache zur Entscheidung an das Recursgericht zurückzuverweisen.

Wenn das Recursgericht die Berücksichtigung neuer zur Begründung der Beschwerde vorgebrachter Thatsachen abge-

Digitized by Google

lehnt und den erstrichterlichen Beschluss bestätigt hat, so ist ein Revisionsrecurs unzulässig.

Revisionsrecurse gegen abändernde Entscheidungen des Recursgerichtes sind zulässig, sofern gegen dieselben nicht nach den allgemeinen Bestimmungen ein Rechtsmittel (§ 514) oder ein abgesondertes Rechtsmittel (§ 515) ausgeschlossen erscheint. Die Muthwillensstrafe ist nach denselben Grundsätzen wie bei § 512 zu verhängen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Civilprocessordnung.

Fünfter Theil.

Digitized by Google

Digitized by Google

Fünfter Theil.

Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage.

---

§ 529. Eine rechtskräftige Entscheidung, durch welche eine Sache erledigt ist, kann durch die Nichtigkeitsklage angefochten werden:

1. wenn ein erkennender Richter von der Ausübung des Richteramtes in dem Rechtsstreite kraft des Gesetzes ausgeschlossen war;

2. wenn eine Partei in dem Verfahren gar nicht, oder falls sie eines gesetzlichen Vertreters bedarf, nicht durch einen solchen vertreten war, sofern die Processführung nicht nachträglich ordnungsmäßig genehmigt wurde.

Die Nichtigkeitsklage ist jedoch unstatthaft, wenn in dem unter Z. 1 bezeichneten Falle der Ausschließungsgrund, im Falle der Z. 2 aber der Mangel der Processfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung schon vor der rechtskräftigen Entscheidung mittels eines Ablehnungsgesuches, mittels des Antrages auf Nichtigerklärung des Verfahrens oder im Wege eines Rechtsmittels ohne Erfolg geltend gemacht wurde.

Die Nichtigkeitsklage ist ferner dann unstatthaft, wenn die Partei imstande war, den Ausschließungsgrund (Z. 1) in dem früheren Verfahren oder durch ein Rechtsmittel geltend zu machen.

1. Die Nichtigkeitsklage ist dazu bestimmt, die Folgen einer Sentenz zu beseitigen, welche nur den äußeren Schein einer richterlichen Entscheidung für sich hat, in Wahrheit aber eine solche nicht ist und nicht sein darf (Wilmowski, S. 814). Voraussetzung der Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage ist eine formell rechtskräftige (§ 411, Anm. 1) Entscheidung. Die Nichtigkeitsklage ist bis zum Eintritte der Rechtskraft ent-

Digitized by Google

behrlich; sie wird hier durch die ordentlichen Rechtsmittel, sowie durch die amtliche Cognition des Gerichtes ersetzt .(Regierungsmotive, S. 314). Mit der Nichtigkeitsklage anfechtbar ist aber jede eine Rechtssache erledigende Entscheidung, mag sie in Urtheilsform oder als Beschluss (Endbeschluss im Besitzstörungsverfahren nach § 459, Zahlungsauftrag im Mandats- und Wechselprocesse nach den §§ 550, 557, Beschluss über eine Processeinrede nach § 261) in erster oder höherer Instanz ergehen. Gegen Entscheidungen der Verwaltungsbehörden und anderer als der ordentlichen Gerichte finden die Vorschriften über die Nichtigkeitsklage keine Anwendung. Gegen Schiedssprüche ist die besondere Anfechtungsklage des § 595 zulässig. Im Verfahren vor Gewerbegerichten findet das Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage nicht statt (§ 32, Ges. v. 27. Nov. 1896, Nr. 218 R.-G.-l.B).

Urtheile, welche auf Grund der früheren Processgesetze erlassen worden sind, können mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden (Art. LI E.-G.).

2. Der Nichtigkeitsgrund der Ziffer 1 (vergl. § 477, Z. 1) liegt vor, wenn der Richter bei der Entscheidung mitgewirkt hat, seine Mitwirkung bei der Beweisaufnahme (R. G. Leipzig, XXVI, S. 383) als ersuchter oder beauftragter Richter hat die Nichtigkeit des Urtheiles nicht zur Folge.

Richter sind nach § 20 J. N. von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen:

1. in Sachen, in welchen sie selbst Partei sind, oder in Ansehung deren sie zu einer der Parteien in dem Verhältnisse eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regresspflichtigen stehen;

2. in Sachen ihrer Ehefrauen oder solcher Personen, welche mit ihnen in gerader Linie verwandt oder verschwägert sind oder mit welchen sie in der Seitenlinie bis zum vierten Grade verwandt oder im zweiten Grade verschwägert sind;

3. in Sachen ihrer Wahl- oder Pflegeeltern, Wahl- oder Pflegekinder, ihrer Mündel und Pflegebefohlenen;

4. in Sachen, in welchen sie als Bevollmächtigte einer der Parteien bestellt waren oder noch bestellt sind;

5. in Sachen, in welchen sie bei einem untergeordneten Gerichte an der Erlassung des angefochtenen Urtheiles mitgewirkt haben.

Von der Leitung der Verhandlung und von der Entscheidung über die Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage ist jener Richter ausgeschlossen, wegen dessen Betheiligung die Nichtig-

Digitized by Google

keitsklage oder wegen dessen Verhalten die Wiederaufnahmsklage angebracht wurde (§ 537).

Das Urtheil kann nur von denjenigen Richtern gefällt werden, welche an der dem Urtheile zu Grunde liegenden Verhandlung theilgenommen haben (§ 412).

Die Mitwirkung eines mit Erfolg abgelehnten Richters, wegen welcher nach § 477, Z. 1 ein mittels Berufung angefochtenes Urtheil als nichtig aufzuheben ist, steht dem absoluten Mangel der richterlichen Gewalt nicht in demselben Maße gleich, dass auch hier die außerordentliche Abhilfe der Nichtigkeitsklage gerechtfertigt wäre. Der Fall aber, dass eine zum Richteramte überhaupt nicht berufene Person die Entscheidung erlassen hat, wurde im § 529 außer Beachtung gelassen, weil da ein Spruch gefällt wurde, der gar nicht geeignet ist, formelle Rechtskraft zu erlangen. Einem etwaigen Versuche der Zwangsvollstreckung würde hier schon mit dem Einwande wirksam entgegengetreten, dass überhaupt eine richterliche Entscheidung nicht vorliegt (Regierungsmotive, S. 314).

3. Die dem Nichtigkeitsgrunde des § 477, Z. 5 durchaus gleiche Bestimmung des § 529, Z. 2 trifft sowohl den Fall, dass eine Partei im Verfahren gar nicht vertreten war — dies ist anzunehmen, wenn für sie ein unberufener Vertreter intervenierte — als den Fall, dass die eines gesetzlichen Vertreters bedürfende Partei nicht durch diesen vertreten wurde; mag sie sich nun selbst vertreten haben, oder durch einen anderen als den richtigen gesetzlichen Vertreter repräsentiert gewesen sein. Ob die mangelnde Legitimation im Processe zur Erörterung und Entscheidung kam oder nicht, ist gleichgiltig, da jedenfalls die Partei hiebei nicht oder wenigstens nicht in gesetzmäßiger Weise vertreten war (Regierungsmotive, S. 314). Es fällt sonach unter Ziffer 2 die Verletzung der Vorschriften über die gesetzliche Vertretung §§ 6, 7), über den Anwaltszwang im Anwaltsprocesse (§ 27) und über die Vertretung durch Bevollmächtigte (§§ 30, 37).

Ist die Processführung bereits in erster (§ 38) oder zweiter (§ 477) Instanz genehmigt worden, so liegt Nichtigkeit nicht vor. Die Genehmigung der Processführung ist zu keiner Zeit ausgeschlossen, unzulässig ist also die Nichtigkeitsklage selbst dann, wenn sie erst nach Erhebung dieser Klage erfolgt. Mangel der Zustellung, Entziehung der Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln (§ 477, Z. 4) fällt nicht unter Ziffer 2.

4. Die Nichtigkeitsklage ist ein subsidiäres Rechtsmittel. Es darf der betreffende Nichtigkeitsgrund weder durch ein Ablehnungsgesuch (§ 21, 22 J. N.), noch durch einen Antrag

Digitized by Google

auf Nichtigerklärung des Verfahrens (§§ 6, 7, 38), noch im Wege der Berufung (§ 477), der Revision (§ 503) oder des Recurses (§ 514) geltend gemacht worden sein. Die hierüber ergangene Entscheidung wird für beide Parteien zur res judicata und es darf der nämliche Grund nicht mehr durch die Nichtigkeitsklage zur Geltung gebracht werden. Die Bestimmung des letzten Absatzes hat die Aufgabe, die schrankenlose Verwertung des Nichtigkeitsgrundes der Richterinhabilität zu verhindern. Wenn ordentliche Abhilfe überhaupt möglich war, soll die außerordentliche Abhilfe nicht mehr zugelassen werden (Regierungsmotive, S. 314).

Unkenntnis des Nichtigkeitsgrundes allein wird nicht genügen, um die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage zu begründen. Die Partei soll rechtzeitig die erforderlichen Erkundigungen einziehen, um die Nichtigkeit während des Verfahrens oder im Rechtsmittelzuge rügen zu können. Nur wenn sie glaubhaft macht, dass ihr diesbezüglich ohne ihr Verschulden ein Versäumnis nicht zur Last fällt, wird die Nichtigkeitsklage statthaft sein.

§ 530. Ein durch Urtheil geschlossenes Verfahren kann auf Antrag einer Partei wieder aufgenommen werden:

1. wenn eine Urkunde, auf welche das Urtheil gegründet ist, fälschlich angefertigt oder verfälscht ist;

2. wenn sich ein Zeuge oder ein Sachverständiger einer falschen Aussage oder der Gegner bei seiner Vernehmung eines falschen Eides schuldig gemacht hat, und das Urtheil auf diese Aussage gegründet ist;

3. wenn das Urtheil durch eine im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verfolgende Betrugshandlung des Vertreters der Partei, ihres Gegners oder dessen Vertreters erwirkt wurde;

4. wenn sich der Richter bei Erlassung des Urtheiles oder einer dem Urtheile zugrunde liegenden früheren Entscheidung in Beziehung auf den Rechtsstreit zum Nachtheile der Partei einer nach dem Strafgesetze zu ahndenden Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat;

5. wenn ein strafgerichtliches Erkenntnis, auf welches das Urtheil gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftig gewordenes Urtheil aufgehoben ist;

6. wenn die Partei ein über denselben Anspruch oder dasselbe Rechtsverhältnis früher ergangenes bereits rechtskräftig gewordenes Urtheil (§ 411) auffindet oder zu benützen in den Stand gesetzt wird, welches zwischen den Parteien des wieder aufzunehmenden Verfahrens Recht schafft;

Digitized by Google

7. wenn die Partei in Kenntnis von neuen Thatsachen gelangt oder Beweismittel auffindet oder zu benützen in den Stand gesetzt wird, deren Vorbringung und Benützung im früheren Verfahren eine ihr günstigere Entscheidung der Hauptsache herbeigeführt haben würde.

Wegen der in Z. 6 und 7 angegebenen Umstände ist die Wiederaufnahme nur dann zulässig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden außerstande war, die Rechtskraft des Urtheiles oder die neuen Thatsachen oder Beweismittel vor Schluss der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil erster Instanz erging, geltend zu machen.

1. Die Wiederaufnahmsklage soll die Härten einer an sich formell und materiell richtigen Entscheidung beseitigen, deren Grundlage wegen nachträglich hervorgekommener Thatsachen erschüttert erscheint. Voraussetzung der Wiederaufnahmsklage ist ein durch Urtheil abgeschlossenes Verfahren erster oder höherer Instanz. Entscheidungen, welche einem Urtheile functionell, in Beziehung auf die Streitsache etwa gleichgeachtet werden könnten, die jedoch nach den Bestimmungen des Entwurfes nicht in Urtheilsform ergehen, können nur im Besitzstörungsverfahren (Endbeschluss) oder etwa im Mandats- und Wechselverfahren (Zahlungsauftrag) vorkommen. Beiden gegenüber wäre die Zulassung einer Wiederaufnahmsklage nicht zu rechtfertigen. Der Endbeschluss im Besitzstörungsverfahren — und im gewissen Sinne könnte man ihm den Sicherstellungsantrag nach § 558 an die Seite setzen — ist nur zur provisorischen Wirksamkeit berufen, die unterlegene Partei erleidet dadurch keinen unwiderruflichen Schaden. Um das neue Material zur Geltung zu bringen, bedarf es nicht der Wiederaufnahmsklage, es steht hiefür der Weg des ordentlichen Besitzprocesses offen. Bei Zahlungsaufträgen, wider welche der Beklagte keine Einwendungen erhoben hat — denn anderenfalls ergeht Urtheil und die Wiederaufnahmsklage ist nach § 530 zulässig — liegt aber in Wahrheit eine eigentliche Entscheidung, die sich auf die richterliche Ueberzeugung vom Bestande der Schuld gründet, nicht vor (Regierungsmotive, S. 314). Auch gegen die über eine Processeinrede ergehenden Beschlüsse (§ 261) kann die Wiederaufnahmsklage nicht erhoben werden.

Gegen Entscheidungen der Verwaltungsbehörden und anderer als der ordentlichen Gerichte finden die Vorschriften über die Wiederaufnahmsklage keine Anwendung.

Gegen Schiedssprüche ist die besondere Anfechtungsklage des § 595 vorgesehen. Im Verfahren vor Gewerbegerichten ist das Rechtsmittel der Wiederaufnahmsklage ausgeschlossen (§ 32

Digitized by Google

Ges. v. 27. November 1896, Nr. 218 R.-G.-Bl.) und gegen Urtheile, welche auf Grund der früheren Processgesetze erlassen worden sind, findet die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach den alten Processvorschriften statt (Art. LI E. G.).

Im Wechselverfahren findet die Wiederaufnahmsklage zum Nachtheile einer Partei nicht statt, die im Hauptprocesse in gutem Glauben gehandelt hat, wenn diese Partei in der Zwischenzeit ihre wechselmäßigen Ansprüche gegen Dritte wegen Ablauf der Zeit verloren hat oder wegen Kürze der Zeit nicht mehr geltend machen kann (§ 556).

Die Rechtskraft des angefochtenen Urtheiles ist kein nothwendiges Erfordernis.

Der das Meritum des Streitfalles betreffende Verhandlungsstoff kann nach dem Abschlusse der Verhandlung in erster Instanz nicht mehr weiter bereichert werden, insbesondere gibt auch die Berufung kein Recht, neue Beweise dem Gerichte zur Berücksichtigung bei der Urtheilsüberprüfung vorzulegen. Zeigt sich daher, dass die Urtheilsgrundlage unrichtig ist, und ist diese Unrichtigkeit zugleich ihrer Wurzel nach eine solche, dass sich ihr gegenüber das in der Rechtssache erflossene Urtheil nicht aufrecht halten lässt, so steht der Partei schon vom Schlusse der Verhandlung erster Instanz an kein anderer Weg mehr zur Geltendmachung dieser Unrichtigkeit offen, als der der Wiederaufnahmsklage (Regierungsmotive, S. 314).

2. Die fälschliche Anfertigung oder Verfälschung der Urkunde muss immer die Kriterien einer strafbaren Handlung (§§ 197, 199, 201 St. G.) erfüllen, daher rechtswidrig erfolgt und es muss von der fälschlich angefertigten oder verfälschten Urkunde zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht worden sein (§ 539). Wer die Urkunde fälschlich angefertigt oder verfälscht hat, ob der Gegner oder eine dritte Person, ist gleichgiltig.

Dem Urkundenfälscher selbst wird jedoch die Wiederaufnahmsklage nicht zustehen. Für die Zulassung der Wiederaufnahmsklage des gutgläubigen Producenten einer falschen oder verfälschten Urkunde spricht sich Wilmowski (S. 819), gegen die Zulassung Siebenhaar (S. 530) aus. Das angefochtene Urtheil muss mit der Fälschung im Causalzusammenhange stehen.

3. Auch nach Ziffer 2 muss eine strafgesetzlich verbotene (beeidete oder unbeeidete) falsche Zeugen- oder Sachverständigenaussage (§ 199a St. G.) oder die nach § 377 dem falschen Eide gleichgestellte eidliche Parteienaussage vorliegen. Die Vorschrift ist außerdem auch in Fällen der absichtlichen Pflicht-

Digitized by Google

verletzung des dem Verfahren beigezogenen Dolmetsches anwendbar (Regierungsmotive, S. 315) und erfordert Causalzusammenhang zwischen dem angefochtenen Urtheile und der falschen Aussage.

4. Durch Zahl 3 wird jede strafbare Betrugshandlung getroffen, welche vom eigenen Vertreter der geschädigten Partei oder von deren Gegner oder vom Vertreter des letzteren unternommen wurde und mit der Entscheidung im Causalzusammenhange steht (Regierungsmotive, S. 315). Unter dem Vertreter der Partei ist sowohl der gesetzliche Vertreter als der Processbevollmächtigte (gemeine Bevollmächtigte) zu verstehen.

Andere strafbare Handlungen des Gegners oder der beiderseitigen Vertreter, z. B. unbefugte Einschränkung der persönlichen Freiheit (§ 93 St. G.) zum Zwecke der Erlangung eines Versäumnisurtheiles, Erpressung (§ 98 St. G.), Missbrauch der Amtsgewalt (§ 102 d St. G.), Disciplinarvergehen der Advocaten fallen nicht unter die Vorschrift der Zahl 3.

Zwischen der Betrugshandlung und dem Urtheile muss Causalzusammenhang bestehen.

5. Im Falle der Zahl 4 ist dieser Causalzusammenhang nicht unbedingt nothwendig. Es genügt, wenn sich der Richter überhaupt in Bezug auf den Process einer Verletzung seiner Amtspflichten zum Nachtheile der Partei schuldig gemacht hat.

Auch wenn nicht gerade diese That die ungünstige Entscheidung herbeigeführt hat, war der Richter doch in der Sache so sehr befangen, dass es mit der Gerechtigkeit unverträglich ist, ein Urtheil in Wirksamkeit zu erhalten, das von einem solchen Richter oder unter dessen Mitwirkung erlassen wurde.

Die vorausgesetzte Pflichtverletzung muss aber durch das Strafgesetz verpönt, nicht bloß im Disciplinarwege ahndungswürdig sein. Denn eine Strafe der letzteren Art ist nicht wichtig genug, um die Aufhebung eines Urtheiles zu begründen (Regierungsmotive, S. 315).

Die strafbaren Handlungen, welche hier in Frage kommen, sind jene des Missbrauches der Amtsgewalt (§§ 101, 102 St. G.) und der Geschenkannahme in Amtssachen (§ 104 St. G.).

Die Verletzung der Amtspflicht muss zum Nachtheile jener Partei stattgefunden haben, welche die Wiederaufnahme anstrebt.

6. Den unter Z. 1 bis 4 aufgeführten Fällen ist gemeinsam, dass wegen der strafbaren Handlung, durch welche die Entscheidung herbeigeführt wurde, letztere nach den Anforderungen

Digitized by Google

der materiellen Gerechtigkeit nicht rechtsbeständig bleiben darf (Regierungsmotive, S. 315). Ergibt sich vor Fällung des Urtheils erster Instanz der Verdacht einer solchen strafbaren Handlung, so kann nach § 191 die Unterbrechung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens angeordnet werden.

7. Die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen ein strafgerichtliches Urtheil auch im Civilprocesse zur Wirkung zu bringen, wenn das civilgerichtliche Erkenntnis auf jenes Urtheil gegründet ist, bezweckt die Vorschrift der Ziffer 5.

Der Entwurf befindet sich hier in Uebereinstimmung mit den §§ 358, 359 und 374 St. P. O., durch welche einer Wiederaufnahme des Verfahrens ein angemessener Einfluss auf die im früheren Urtheile enthaltene Entscheidung über die privatrechtlichen Ansprüche gesichert wird. Inwieweit der Civilrichter an das neu ergehende Urtheil des Strafrichters gebunden ist, ergibt sich aus § 268 (Regierungsmotive, S. 315). Dem rechtskräftigen Urtheile sind laut § 359 St. P. O. der Einstellungsbeschluss und die Zurückweisung der Anklage gleichgestellt. Präjudiciell braucht das aufgehobene Straferkenntnis für das Civilurtheil nicht gewesen zu sein, das strafgerichtliche Urtheil muss nur einen erkennbaren Einfluss auf die thatsächliche oder rechtliche Beurtheilung des Civilrichters geübt haben. Die Bestimmung ist sonach sowohl bei einem verurtheilenden, als auch bei einem freisprechenden strafgerichtlichen Urtheile anwendbar.

8. Ziffer 6 soll die Einrede der Rechtskraft (§ 411, Anm. 5) auch noch im Wege der Wiederaufnahmsklage ermöglichen. Deshalb wird ein mit dem angefochtenen Urtheile gleichlautendes früheres Urtheil zur Wiederaufnahmsklage nicht berechtigen, sondern nur ein solches Urtheil oder ein der materiellen Rechtskraft fähiger Beschluss (Schiedsspruch), welcher ganz oder theilweise mit dem angefochtenen Urtheile im Widerspruche steht und die exceptio rei judicata begründen würde.

9. Die Befugnis, später aufgefundene Beweismittel nachzubringen, muss wegen des Ausschlusses von Neuerungen vom Berufungsverfahren gewährt werden (Regierungsmotive, S. 315).

Die Wiederaufnahme soll aber auch dann zulässig sein, wenn die Partei in die Kenntnis von neuen Thatsachen gelangt, für welche natürlich auch neue Beweise zulässig sein werden.

Sowohl wenn der Restitutionskläger von dem Beweismittel keine Kenntnis hatte, als auch wenn er nicht wusste, wo sich der Zeuge, die Urkunde befindet, wird von einem „Auffinden“ des Beweismittels gesprochen werden können.

Digitized by Google

Der Restitutionskläger wird „in den Stand gesetzt, Beweismittel zu benützen“, wenn er wohl von der Existenz des Beweismittels (Zeugen, Urkunde) und dessen Verwahrungs- oder Aufenthaltsorte Kenntnis haben mochte, aber kein gesetzliches Mittel hatte, den Zeugen vernehmen zu lassen, die Urkunde vorzulegen.

Ob das Beweismittel oder die neuen Thatsachen eine günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würden, ist von dem über die Wiederaufnahmsklage entscheidenden Richter mit Berücksichtigung des Sachverhaltes des angefochtenen Urtheiles frei zu würdigen. Die bloße Möglichkeit einer günstigeren Entscheidung genügt nicht. Auf Thatsachen und Beweise, welche erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf Grund welcher das Urtheil gefällt wurde, zur Existenz gelangt sind, kann die Wiederaufnahmsklage nicht gestützt werden.

10. Das Nachtragen von Thatsachen und Beweisen soll nicht bloß bei mala fides der Parteien unstatthaft, sondern auch dem nur nachlässigen Processtheile nicht erlaubt sein.

Dies entspricht gleichfalls dem geltenden Rechte. Auch an sich wird man es für richtig erklären müssen, das Anbieten von Beweisen nach erflossenem Urtheile an strengere Bedingungen zu knüpfen, als die freie Bewegung während der mündlichen Verhandlung erster Instanz (Regierungsmotive, S. 315).

Verschulden ist die Vernachlässigung derjenigen Sorgfalt, welche nach vernünftigem Ermessen in concreto von einer Processpartei gefordert werden kann. Grobes Verschulden (§ 49, Anm. 2) wird nicht gefordert. Den Mangel eines Verschuldens hat der Wiederaufnahmskläger zu beweisen.

§ 531. Die Wiederaufnahme kann auch zur Ausführung der im Sinne des § 279, Abs. 2, von der Verhandlung ausgeschlossenen Beweise bewilligt werden, wenn die Benützung dieser Beweise im früheren Verfahren offenbar eine der Partei günstigere Entscheidung der Hauptsache zur Folge gehabt haben würde.

Steht der Aufnahme des Beweises ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegen, ist die Ausführbarkeit einer Beweisaufnahme zweifelhaft, oder soll die Beweisaufnahme außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes erfolgen, so hat das Gericht im Beweisbeschlüsse auf Antrag eine Frist zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablauf die Verhandlung auf Begehren ohne Rücksicht auf die ausstehende Beweisaufnahme fortgesetzt wird (§ 279).

Digitized by Google

Betreffs einer solchen zurückgewiesenen Beweisaufnahme, welche nach § 417 in den Urtheilsthatbestand aufzunehmen ist, und im Berufungsverfahren nachgetragen werden kann (§ 488), ist auch die Wiederaufnahmsklage zulässig, jedoch gleichfalls nur unter der bei § 530, Z. 7 angeführten Voraussetzung, dass die Partei diese Beweismittel zu benützen in den Stand gesetzt wird.

Wegen Benützung einer im Editionsprocesse erlangten Urkunde (§ 309) genügen die Bestimmungen des § 530. Wenn eine Beweisaufnahme deshalb unterblieben ist, weil der abverlangte Kostenvorschuss nicht vorgelegt wurde (§§ 332, 365, 368), wird eine Wiederaufnahmsklage unzulässig sein, weil ein Säumnis der Partei vorliegt.

Die nach §§ 179, 181, 275, 278 wegen offenbarer Verschleppungsabsicht zurückgewiesenen Anführungen und Beweise können im Wege der Wiederaufnahmsklage nicht geltend gemacht werden. Es wird der Partei möglich sein, im Berufungsverfahren darzulegen, dass die Voraussetzungen für den richterlichen Beschluss nicht vorhanden waren und sie wird darauf gestützt die Aufhebung des betreffenden Beschlusses und die Berücksichtigung ihres Vorbringens und Beweises begehren. Stellt sich nun nach Auffassung des Berufungsgerichtes die Sache so dar, dass das Verfahren in erster Instanz eine erschöpfende Erörterung der Streitsache infolge der ungerechtfertigten Zurückweisung des Antrages der Partei nicht gewährte, so wird im Sinne des § 496 vorzugehen sein (Motive des Ausschusses, S. 51).

§ 532. Für die Nichtigkeitsklage und für die nach § 530, Z. 4, erhobene Wiederaufnahmsklage ist das Gericht, von welchem das durch die Klage angefochtene Urtheil gefällt wurde, wenn aber in der Klage mehrere in demselben Rechtsstreite von Gerichten verschiedener Instanzen gefällte Urtheile angefochten werden, das höchste unter diesen Gerichten ausschließlich zuständig.

In allen übrigen Fällen (§§ 530, Z. 1 bis 3, 5, 6 und 7, und 531) muss die Wiederaufnahmsklage beim Processgerichte erster Instanz, wenn aber nur ein in höherer Instanz erlassenes Urtheil von dem geltend gemachten Anfechtungsgrunde betroffen wird, bei dem bezüglichen Gerichte höherer Instanz angebracht werden.

1. Für die Zuständigkeit ist entscheidend, welche von mehreren in derselben Sache von verschiedenen Instanzen gefällten Entscheidungen mit der Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage anzufechten ist. Die Anfechtungsklage ist immer unmittelbar gegen dasjenige Urtheil, gegen diejenige Entschei-

Digitized by Google

dung zu richten, welche von dem Anfechtungsgrunde unmittelbar betroffen werden.

Wenn ein ausgeschlossener Richter in erster Instanz mitgewirkt hat, wenn sich der Richter erster Instanz einer strafbaren Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat, so ist das erstrichterliche Urtheil vor dem Processgerichte erster Instanz anzufechten, wenn die Entscheidung auch im Instanzenzuge bestätigt worden wäre, es wäre denn, dass auch die Entscheidung zweiter oder dritter Instanz selbständig an einem dieser Anfechtungsgründe leidet, wo sodann die Entscheidung des höchsten in Frage kommenden Gerichtes gleichzeitig mit der Entscheidung des Untergerichtes vor der höchsten in Frage kommenden Instanz anzufechten wäre.

War eine Partei in dem Verfahren nicht vertreten und hat außer der ersten auch die zweite oder haben beide höhere Instanzen auf Grund dieser nichtigen Verhandlung sachlich entschieden, so ist die Berufungs- resp. Revisionsentscheidung vor dem Berufungs- resp. Revisionsgerichte anzufechten.

Wurde über einen Theil des Klagsanspruches in erster Instanz mittels Theilurtheiles, über den anderen Theil über Berufung in zweiter Instanz erkannt und leidet auch das Berufungsurtheil an einem nach Abs. 1 anfechtbaren Mangel, so ist die Anfechtungsklage gegen beide Urtheile gleichfalls an die Berufungsinstanz zu richten.

2. Anders steht die Frage nach der Zuständigkeit in allen übrigen Fällen der Wiederaufnahmsklage. Hier ist für das Urtheil eine andere thatsächliche Grundlage zu gewinnen, über welche dann eine geänderte Entscheidung in der Sache ergehen soll. Um dies zu erreichen, wird das Wiederaufnahmsverfahren vor jenem Gerichte eingeleitet werden müssen, dessen thatsächliche Feststellungen für das frühere Urtheil in letzter Linie maßgebend gewesen sind. Das ist nach den Grundsätzen des Entwurfes in der Regel das Gericht erster Instanz.

Da jedoch das Berufungsgericht an den vom ersten Richter festgestellten Thatbestand nicht unbedingt gebunden ist, vielmehr nach den für das Berufungsverfahren vorgeschriebenen Normen immerhin auch in der Berufungsinstanz neue thatsächliche Feststellungen vorkommen können (z. B. § 488), und dann, falls sich der Wiederaufnahmsgrund gerade nur auf diese Feststellung bezieht, das Processgericht erster Instanz hier nicht in der Lage ist, die bezügliche Abhilfe zu verschaffen, so musste im § 532, Abs. 2 ein Vorbehalt zu Gunsten der Competenz der höheren Instanz gemacht werden (Regierungsmotive, S. 316).

Digitized by Google

3. In den Fällen der Wiederaufnahmsklage ob noviter reperta (§§ 530, Z. 6, 7, 531) wird die Klage immer bei dem Processgerichte erster Instanz einzubringen sein. Soll ein Urtheil angefochten werden, weil es sich auf eine falsche Urkunde, eine falsche Aussage, auf ein aufgehobenes strafgerichtliches Urtheil oder auf ein betrügerisches Vorgehen des Gegners oder eines der Vertreter gründet (§ 530, Z. 1, 2, 3, 5), so ist die Klage bei dem Processgerichte erster Instanz einzubringen, wenn schon dessen Urtheil im Causalzusammenhange mit dem betreffenden Anfechtungsgrunde steht, mag dieses Urtheil auch in zweiter oder dritter Instanz aus demselben Grunde bestätigt oder mag die Berufung oder Revision als unzulässig zurückgewiesen worden sein. Gründet sich aber erst das Urtheil zweiter Instanz auf den Anfechtungsgrund, so ist das Berufungsgericht, gründet sich endlich erst das Urtheil dritter Instanz auf den Anfechtungsgrund, so ist das Revisionsgericht für die Wiederaufnahmsklage zuständig.

Wird z. B. die Klage abgewiesen, weil das Processgericht erster Instanz den vorliegenden Zeugenaussagen oder der beeideten Aussage des Klägers keinen Glauben geschenkt hat, wird aber vom Berufungsgerichte dieser später als falsch erkannten Zeugen- oder Parteienaussage Glauben geschenkt und auf Grund derselben der Klage stattgegeben, so wird nur das Berufungsurtheil von dem Anfechtungsgrunde betroffen und es ist das Berufungsgericht für die Wiederaufnahmsklage zuständig.

Verfahren.

§ 533. Auf die Erhebung der Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage und auf das weitere Verfahren finden, soweit sich nicht aus den nachfolgenden Bestimmungen Abweichungen ergeben, die im ersten bis vierten Theile dieses Gesetzes enthaltenen Vorschriften entsprechend Anwendung.

Die für den Hauptprocess ertheilte Processvollmacht ermächtigt zu allen durch eine Wiederaufnahms- oder Nichtigkeitsklage veranlassten Processhandlungen (§ 31), die Zustellungen haben an die Processbevollmächtigten zu erfolgen (§ 93). Für das Verfahren haben nicht bloß die allgemeinen, sondern auch die besonderen, für die betreffende Instanz bestehenden Vorschriften zu gelten (§ 535).

§ 534. Die Klage ist binnen der Nothfrist eines Monates zu erheben.

Diese Frist ist zu berechnen:

1. im Falle des § 529, Z. 1, von dem Tage, an welchem die Partei von dem Ausschließungsgrunde Kenntnis erhalten hat, oder wenn dies vor Eintritt der Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung geschehen, vom letzteren Tage;

2. im Falle des § 529, Z. 2, von dem Tage, an welchem die Entscheidung der Partei, und wenn diese nicht processfähig ist, dem gesetzlichen Vertreter derselben zugestellt wurde, jedoch gleichfalls nicht vor eingetretener Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung;

3. in den Fällen des § 530, Z. 1 bis 5, von dem Tage, an welchem das strafgerichtliche Urtheil oder der die Einstellung eines strafgerichtlichen Verfahrens aussprechende Beschluss in Rechtskraft erwachsen ist;

4. im Falle des § 530, Z. 6 und 7, von dem Tage, an welchem die Partei imstande war, das rechtskräftige Urtheil zu benützen oder die ihr bekannt gewordenen Thatsachen und Beweismittel bei Gericht vorzubringen:

5. im Falle des § 531 von der Zustellung des Urtheiles erster Instanz.

Nach Ablauf von zehn Jahren nach dem Eintritte der Rechtskraft des Urtheiles kann die Klage, mit Ausnahme des in Z. 2 erwähnten Falles, nicht mehr erhoben werden.

1. Die Einhaltung der Nothfrist (§ 128) ist von amtswegen zu beachten, verspätet eingebrachte Klagen sind zurückzuweisen (§ 538). Die Erhebung der Klage bei einem unzuständigen Gerichte ist nicht geeignet, die Frist zu wahren (Wilmowski, S. 826).

Für den Beginn der Nothfrist nach Ziffer 1 sind zwei Bedingungen festgesetzt: Kenntnis des Anfechtungsgrundes und Rechtskraft der anzufechtenden Entscheidung. Die Kenntnis von einer Thatsache, d. h. die Ueberzeugung, dass sie geschehen ist, kann auch aus einer Quelle genommen werden, welche keinen Anspruch auf unbedingte Glaubwürdigkeit erheben darf; daher mag der Richter die im § 534 vorausgesetzte Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde jedenfalls dann als vorhanden feststellen können, wenn nach seinem Erachten die betreffende Partei, ohne dabei gegen die Regeln zu verstoßen, welche Vernunft und Erfahrung an die Hand geben, die Ueberzeugung gewonnen hat, dass der Anfechtungsgrund eingetreten sei, mag auch der Grund ihrer Ueberzeugung nicht als durchaus zuverlässig erkannt werden können (R. G. Leipzig, Fuchsberger, Ergänzungsband, S. 322). Die formelle Rechtskraft (§ 411, Anm. 1) ist die zweite Voraussetzung des Beginnes der Nothfrist, weil dieselbe auch Voraussetzung der Klage ist:

Digitized by Google

2. Unter Partei im Sinne der Ziffer 2 ist die richtige, im Hauptprocesse nicht gehörig vertretene Partei oder deren Bevollmächtigter (§ 39), nicht etwa der falsus procurator zu verstehen. Die Zustellung an die processunfähige Partei selbst kann natürlich nicht die Wirkung haben, die Klagsfrist in den Lauf zu setzen, da der processunfähigen Partei die Möglichkeit der Klagsanbringung fehlt. Hier muss daher die Zustellung der Entscheidung an den berechtigten gesetzlichen Vertreter als der Tag angesehen werden, an welchem eine processualisch verwertbare Kenntnis von Anfechtungsgründen erlangt wurde. Hat jedoch eine Partei oder ihr gesetzlicher Vertreter schon innerhalb der Rechtsmittelfrist vom Nichtigkeitsgrunde erfahren, so kann die Frist zur Anbringung der Nichtigkeitsklage nicht vor Eintritt der Rechtskraft des anzufechtenden Urtheiles beginnen, da die Benachtheiligung durch dieses Urtheil vor Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht feststeht (Regierungsmotive, S. 316).

Wenn die Partei nach Zustellung der Entscheidung von dem zulässigen Rechtsmittel oder von den Einwendungen gegen einen Zahlungsauftrag nicht Gebrauch macht, geht sie nicht allein dieser Rechtsbehelfe verlustig, sondern lässt dadurch eine stillschweigende Genehmigung des falsus procurator erkennen, womit der Erfolg einer Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Vertretung nach § 529 vereitelt wird (Wilmowski, S. 829). Unter Zustellung ist jede ordnungsmäßige Zustellung an die zur Zeit der Zustellung processfähige Partei selbst bezw. für die zur Zeit der Zustellung nicht processfähige Partei an ihren gesetzlichen Vertreter zu verstehen, insbesondere auch die Ersatzzustellung und öffentliche Zustellung (Struckmann-Koch, Anm. 4). Die zehnjährige Präclusivfrist des dritten Absatzes kommt nicht zur Anwendung. Auch nach Ablauf von zehn Jahren ist niemand an ein Urtheil gebunden, welches nur scheinbar gegen ihn ergangen, in Wahrheit gar nicht gegen ihn erflossen, sondern ihm völlig fremd ist (Regierungsmotive, S. 317).

3. Gewisse praktische Schwierigkeiten bietet es für die Fälle des § 530, Z. 1—5, den Beginn der Frist zu ermitteln, weil es nicht unbedingt nothwendig ist, dass wegen einer der strafbaren Handlungen, die einen Wiederaufnahmsgrund abgeben, eine strafgerichtliche Verurtheilung des Thäters stattgefunden hat. Wurde die Unmöglichkeit der Verurtheilung schon vor Anbringung der Klage durch einen strafgerichtlichen Beschluss constatiert, so wird die Mittheilung dieses Beschlusses an den Privatbetheiligten, beziehungsweise das Rechtskräftigwerden dieses Beschlusses die Frist in den Lauf setzen. Andernfalls hat die Feststellung der behaupteten strafbaren Handlung im

Digitized by Google

Sinne des § 539 der Anbringung der Wiederaufnahmsklage nachzufolgen, und es wird unter solchen Umständen die Wiederaufnahmsklage während der ganzen zehnjährigen Frist erhoben werden können, die im letzten Absatze statuiert ist. Es wäre weder gerechtfertigt, noch praktisch durchführbar, den Anfang des Fristenlaufes durch die Kenntnis des Wiederaufnahmsklägers von der strafbaren Handlung oder der Möglichkeit des Beweises derselben u. s. w. bestimmen zu lassen (Regierungsmotive, S. 316).

4. Der Beginn der Nothfrist im Falle neuer Thatsachen und Beweise oder eines früher ergangenen Urtheiles kann nur mit dem Tage als eingetreten angenommen werden, an welchem die Partei imstande war, vom fraglichen Beweismittel Gebrauch zu machen. Die Bestimmung über den Fristbeginn für die Wiederaufnahmsklage des § 531 entspricht der Natur des in diesem Falle anzurufenden Anfechtungsgrundes (Regierungsmotive, S. 317). Im Bagatellverfahren (§ 452) wird die Frist von der Verkündung des Urtheils zu laufen beginnen.

5. Der letzte Absatz beschränkt die Erhebung der Nichtigkeits- wie der Wiederaufnahmsklage — abgesehen von dem Nichtigkeitsgrunde des § 529, Z. 2 — auf eine zehnjährige, mit dem Eintritte der Rechtskraft des Urtheiles (Urtheil im eigentlichen Sinne oder Entscheidung) beginnende Frist (Regierungsmotive, S. 317). Die Frist ist eine Präclusivfrist (§ 123, Anm. 3), auf welche die Bestimmungen über Verlängerung und Abkürzung der Fristen und über den Einfluss der Gerichtsferien auf den Lauf der Fristen keine Anwendung finden. Der Beginn des Laufes der Präclusivfrist ist ohne irgend welche weitere Voraussetzung als die Rechtskraft des anzufechtenden Urtheiles von dem Tage dieser Rechtskraft zu rechnen und ist namentlich nicht bedingt durch die Kenntnis der Partei von dem Anfechtungsgrunde.

Das Gesetz will nach dem Ablaufe eines zehnjährigen Zeitraumes vom Tage der Rechtskraft des Urtheiles überhaupt keine Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage gestatten (R. G. Leipzig, XV, S. 383). Eine während des Processes oder erst nach dessen Beendigung eingetretene Ersitzung oder Verjährung eines Rechtes kann nicht zum Nachtheil dessen geltend gemacht werden, dem nachträglich die Wiederaufnahme des über dieses Recht geführten Processes bewilligt wird (Art. XLVI, E. G.). Hinsichtlich der wechselrechtlichen Verjährung bleibt die Vorschrift des § 556 unberührt (Motive, S. 19).

§. 535. Wird die Klage nicht bei dem Gerichte erhoben, welches in dem früheren Verfahren in erster Instanz erkannt

Digitized by Google

hat, sondern bei einem höheren Gerichte, welches nach den für das Verfahren vor demselben geltenden Bestimmungen die Hauptsache spruchreif zu machen vermag, so sind in Ansehung der mündlichen Verhandlung, der Beweisführung und der Mittheilung des über die Klage gefällten Urtheiles an die erste Instanz, sowie in Ansehung der Anfechtbarkeit des Urtheiles diejenigen Bestimmungen maßgebend, welche für das höhere Gericht als Rechtsmittelinstanz maßgebend wären.

Auf die Erhebung der Klage und das weitere Verfahren sind die allgemeinen Vorschriften anzuwenden, soweit nicht der Entwurf Abweichendes anordnet (§ 533). Wird die Klage bei einem höheren Gerichte erhoben, so muss sich auch das Verfahren über die Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage den für dieses Gericht als Rechtsmittelinstanz bestehenden Normen anpassen (§ 535). Bei den Gerichtshöfen erster Instanz sowie bei den Oberlandesgerichten, welche als Berufungsgerichte einzuschreiten haben, wird es nach den für das Verfahren vor denselben geltenden Vorschriften möglich sein, die Hauptsache selbst zur Entscheidung reif zu machen, das heißt nicht bloß ein Erkenntnis darüber zu erreichen, ob das in der Hauptsache ergangene Urtheil formell aufzuheben oder aufrecht zu erhalten sei, also insbesonders, ob Wiederaufnahme überhaupt stattfinde, sondern auch jenes meritorische Erkenntnis, welches an Stelle der angefochtenen Entscheidung zu treten hat. Bei der Revisionsinstanz wäre das jedoch nicht möglich (wegen des Ausschlusses unmittelbarer thatsächlicher Feststellungen durch die Revisionsinstanz und überhaupt einer neues Processmaterial schaffenden Verhandlung u. s. w.). Für solche Fälle wird daher im Entwurfe eine Verweisung des Verfahrens in der Hauptsache an das Processgericht erster Instanz vorgeschrieben (Regierungsmotive, S. 317).

Die Instruction des Processes, insbesondere die erste Tagsatzung, die Beantwortung der Klage und die Anordnung der Tagsatzung zur Streitverhandlung wird sich auch bei höheren Instanzen nach den für das Gerichtshofverfahren in erster Instanz geltenden Bestimmungen zu vollziehen haben. Desgleichen werden auch die Vorschriften über das Versäumnisverfahren für die als Processgericht erster Instanz einschreitenden höheren Gerichte zu gelten haben.

Die Vorschriften des § 491 sind auf das Verfahren über eine Klage nicht anwendbar.

§ 536. Die Klage muss insbesondere enthalten:

1. die Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung;

Digitized by Google

2. die Bezeichnung des gesetzlichen Anfechtungsgrundes (Nichtigkeits-, Wiederaufnahmsgrund);

3. die Angabe der Umstände, aus welchen sich die Einhaltung der gesetzlichen Frist für die Klage ergibt, und die Bezeichnung der hiefür vorhandenen Beweismittel;

4. die Angabe der für die Beurtheilung der Zuständigkeit wesentlichen Umstände;

5. die Erklärung, inwieweit die Beseitigung der angefochtenen Entscheidung, und welche andere Entscheidung in der Hauptsache beantragt wird.

1 Für die Klage gelten die allgemeinen Vorschriften über vorbereitende Schriftsätze (§ 78) und Klagen (§ 226) überhaupt.

Der neuerliche Nachweis der Bevollmächtigung im Anwaltsprocesse ist nicht nothwendig, da die im Hauptprocesse ertheilte Processvollmacht auch für das Wiederaufnahmsverfahren gilt. Die im § 536 aufgezählten besonderen Erfordernisse der Klage sind obligatorisch vorgeschrieben, die Klage muss enthalten.

Die Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung hat auf dieselbe Art wie bei der Berufung (§ 467) so zu erfolgen, dass ein Zweifel nicht entstehen kann, welche Entscheidung angefochten werde. Weder der Tag der Verkündung noch das Actenzeichen sind unbedingtes Erfordernis (§ 471, Anm. 6). Die Bezeichnung des gesetzlichen Anfechtungsgrundes hat nach den Bestimmungen der §§ 529, 530, 531 zu erfolgen. Fehlt es an einem solchen Anfechtungsgrunde, so ist die Klage ohne Anordnung einer Tagsatzung zurückzuweisen. Eine Aenderung des Anfechtungsgrundes in der mündlichen Verhandlung wird nur unter den für eine Klageänderung im § 235 gegebenen Bestimmungen und außerdem nur dann zulässig sein, wenn die Anfechtungsfrist für diesen neuen Anfechtungsgrund noch nicht versäumt ist. Dass nicht nur der Anfechtungsgrund, sondern auch die Thatsachen, auf welche sich derselbe stützt und die Beweise für diese Thatsachen anzuführen sind, folgt aus § 226.

2. Die Einhaltung der Nothfrist oder der Präclusivfrist des § 534 ist auf Verlangen glaubhaft zu machen (§ 538). Es wird also dort, wo die Frist von der Kenntnisnahme des Klägers zu berechnen ist, unter Anbietung von Beweisen anzuführen sein, wann der Kläger von der betreffenden Thatsache Kenntnis erlangt hat. Verspätet eingebrachte Klagen sind ohne Anordnung einer Tagsatzung zurückzuweisen (§ 538). Die für die Zuständigkeit wesentlichen Umstände sind dem § 532 zu

Digitized by Google

entnehmen, einer Wertangabe bedarf es nicht. Seine Zuständigkeit hat das Gericht von amtswegen zu prüfen, bei Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklagen um so gewissenhafter, als durch die Erhebung einer solchen Klage vor einem unzuständigen Gerichte der Lauf der Frist zur Erhebung dieser Klage vor dem zuständigen Gerichte nicht gehemmt wird.

3. Das Begehren (§ 226, Anm. 2) der Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage ist ein doppeltes: Gänzliche oder theilweise Beseitigung der angefochtenen Entscheidung (judicium rescindens) und Entscheidung der Hauptsache (judicium rescissorium).

Je nach der Processrolle des Anfechtungsklägers in der Hauptsache wird sich auch dessen Begehren in der Hauptsache gestalten.

§ 537. Der Richter, wegen dessen Betheiligung an der Entscheidung die Nichtigkeitsklage (§ 529, Z. 1) oder wegen dessen Verhalten die Wiederaufnahmsklage nach § 530, Z. 4, angebracht wird, ist von der Leitung der Verhandlung sowie von der Entscheidung über die Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage ausgeschlossen.

Die Nichtbeobachtung der Vorschrift des § 537 kann abermals mit der Nichtigkeitsklage des § 529, Z. 1, angefochten werden.

§ 538. Das Gericht hat vor Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung, und zwar bei Gerichtshöfen in nicht öffentlicher Sitzung, zu prüfen, ob die Klage auf einen der gesetzlichen Anfechtungsgründe (§§ 529 bis 531) gestützt und in der gesetzlichen Frist erhoben sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse oder ist die Klage wegen eines der im § 230, Abs. 2, angeführten Gründe unzulässig, so ist sie als zur Bestimmung einer Tagsatzung für die mündliche Verhandlung ungeeignet durch Beschluss zurückzuweisen.

Die Umstände, aus welchen sich die Einhaltung der gesetzlichen Frist ergibt, sind vom Kläger auf Verlangen des Gerichtes glaubhaft zu machen.

Außer den bei § 230 aufgezählten Umständen hat das Gericht bei Erledigung einer Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage zu prüfen:

a) ob eine anzufechtende Entscheidung vorliegt;
b) ob die Klage auf einen der Nichtigkeitsgründe des § 529 oder auf einen der Wiederaufnahmsgründe der §§ 530, 531 gestützt ist. Auf die materielle Prüfung

Digitized by Google

des Anfechtungsgrundes erstreckt sich die amtswegige Vorprüfung nicht, diese bleibt dem Urtheile vorbehalten.

Weiters ist zu prüfen:

c) ob seit der Rechtskraft des Urtheils (der Entscheidung) noch nicht zehn Jahre verflossen sind, sofern es sich nicht um den Nichtigkeitsgrund des § 529, Z. 2, handelt;

d) ob außerdem die Nothfrist des § 534 eingehalten worden sei;

e) ob der Nichtigkeitsgrund in dem Hauptverfahren ohne Erfolg geltend gemacht worden ist oder geltend gemacht werden konnte (§ 529, Abs. 2);

f) ob die Partei ohne ihr Verschulden außerstande war, die Rechtskraft des Urtheiles oder die neuen Thatsachen oder Beweismittel vor Schluss der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen (§ 530).

Die Zurückweisung einer unzulässigen Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage erfolgt auch noch in der mündlichen Verhandlung durch Beschluss (§ 543). Die Glaubhaftmachung (§ 274) der die Einhaltung der Frist nachweisenden Umstände wird sohin der mündlichen Verhandlung vorzubehalten sein.

§ 539. Wenn die Wiederaufnahme wegen einer der im § 530, Z. 1 bis 4, angeführten strafbaren Handlungen begehrt wird, ohne dass ihrer wegen bereits eine rechtskräftige Verurtheilung stattgefunden hätte, hat das Processgericht ohne vorgängige mündliche Verhandlung die Einleitung des strafgerichtlichen Verfahrens behufs Ermittlung und Feststellung der behaupteten strafbaren Handlung zu veranlassen. Gegen diesen Beschluss ist ein Rechtsmittel nicht zulässig; vor der Beschlussfassung kann das Gericht die Parteien oder eine derselben vernehmen und die ihm sonst wichtig scheinenden Erhebungen einleiten.

Die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung über die Wiederaufnahmsklage ist erst nach rechtskräftigem Abschlusse des strafgerichtlichen Verfahrens, und zwar nur dann anzuberaumen, wenn dieses Verfahren entweder zu einer rechtskräftigen Verurtheilung wegen der zur Begründung der Wiederaufnahmsklage geltend gemachten strafbaren Handlung geführt hat, oder wenn das strafgerichtliche Verfahren aus anderen Gründen als wegen mangelnden Thatbestandes oder wegen Mangels an Beweisen zu einer Verurtheilung nicht geführt hat. Andernfalls ist die Klage nach Bekanntgabe der Ergebnisse des strafgericht-

51*

Digitized by Google

lichen Verfahrens als unzulässig zurückzuweisen. Diese Zurückweisung geschieht gleichfalls ohne vorgängige mündliche Verhandlung und bei Gerichtshöfen durch einen in nicht öffentlicher Sitzung gefassten Beschluss. Das Strafgericht oder die staatsanwaltschaftliche Behörde hat bei Bekanntgabe der wegen Nichteinleitung oder Einstellung des Strafverfahrens gefassten Beschlüsse den Grund der unterlassenen Einleitung oder der Einstellung des Verfahrens stets ausdrücklich zu bezeichnen.

1. Wenn wegen der zur Begründung des Wiederaufnahmsklage geltend gemachten strafbaren Handlung eine rechtskräftige strafgerichtliche Verurtheilung stattgefunden hat, so erfolgt die Einleitung des Wiederaufnahmsverfahrens nach § 540.

Die strafgerichtliche Untersuchung hat aber in den Fällen des § 530, Z. 1 bis 4 der Verhandlung über die Wiederaufnahmsklage immer vorauszugehen, weshalb das Civilgericht dessen Einleitung zu veranlassen und das Ergebnis des ohne oder mit seiner Mitwirkung eingeleiteten strafgerichtlichen Verfahrens abzuwarten hat. Die Bestimmungen des zweiten Absatzes werden daher zur Anwendung kommen, wenn auch das Strafverfahren nicht über Veranlassung des Processgerichtes eingeleitet worden ist; wenn das Strafverfahren schon vor Ueberreichung der Wiederaufnahmsklage zum Abschluss gebracht worden ist, wird sich gleichfalls nach dem zweiten Absatze zu benehmen sein.

2. Ist das strafgerichtliche Verfahren abgelehnt oder eingestellt worden, dann hat vorerst das Strafgericht oder die Staatsanwaltschaft dem Civilgerichte den Grund der unterlassenen Einleitung oder der Einstellung des Strafverfahrens zu bezeichnen. Erfolgte diese Einstellung schon vor der Einbringung der Wiederaufnahmsklage, so wird das Civilgericht nicht neuerlich die Einleitung des Strafverfahrens zu veranlassen, sondern sich lediglich wegen Mittheilung der Gründe der Einstellung oder Ablehnung an das Strafgericht oder die Staatsanwaltschaft zu wenden haben und auch diese Maßnahme wird entfallen, wenn der Wiederaufnahmskläger diese Einstellung und die Gründe derselben urkundlich, z. B. durch Vorlage des Einstellungsbeschlusses nach § 213 St. P. O. oder des über seinen Subsidiarantrag gefassten Beschlusses nach § 48 St. P. O. nachgewiesen hat. Die Nichteinleitung oder Einstellung des strafgerichtlichen Verfahrens führt zur Zurückweisung der Wiederaufnahmsklage, wenn sie wegen mangelnden Thatbestandes oder wegen des Mangels an Beweisen erfolgt ist.

Objectiv muss sohin der Thatbestand der strafbaren Handlung vorliegen. Ist jedoch die Verurtheilung wegen außer-

Digitized by Google

licher hinzutretender Umstände, wegen Todes, Verjährung, später eingetretener Unzurechnungsfähigkeit oder Abwesenheit (Regierungsmotive, S. 318), wegen Abolition (§ 2 St. P. O.), Verlustes des Klagerechtes (§ 263 St. P. O.) unmöglich geworden, ist die Strafbarkeit der That aufgehoben oder die Verfolgung derselben ausgeschlossen, so würde es der Billigkeit nicht entsprechen, die Wiederaufnahmsklage zu versagen (Regierungsmotive, S. 318).

Dasselbe wird auch dann der Fall sein, wenn es a priori feststeht, dass das strafgerichtliche Verfahren zu keiner Verurtheilung führen, ja gar nicht mehr eingeleitet werden kann; wenn beispielsweise der Beschuldigte inzwischen verstorben ist (Rosenblatt im Centralblatte f. J.-P. 1897, S. 111).

3. Wenn vom Strafgerichte ein verurtheilender Spruch gefällt worden ist, jedoch nicht rechtskräftig werden konnte (Tod des Verurtheilten), so hat das strafgerichtliche Verfahren aus anderen Gründen als wegen mangelnden Thatbestandes oder wegen Mangels an Beweisen zu einer rechtskräftigen Verurtheilung nicht geführt und es ist über die Wiederaufnahmsklage Tagsatzung anzuordnen.

Ist endlich vom Strafgerichte ein freisprechendes Urtheil gefällt worden, so wird das Civilgericht aus den Gründen des freisprechenden Urtheils zu entnehmen haben, ob die Freisprechung wegen mangelnden objectiven Thatbestandes oder wegen Mangels an Beweisen oder aus anderen Gründen erfolgt ist. Im ersteren Falle wird die Wiederaufnahmsklage abzuweisen, im zweiten eine mündliche Verhandlung anzuordnen sein. Die Gründe des freisprechenden Urtheils eines Schwurgerichtshofes können aus der Beantwortung der im Sinne des § 319 St. P. O. gestellten Fragen oder aus der Anwendung der Vorschriften des § 317 zu entnehmen sein. Ist dies nicht möglich oder erfolgt die Freisprechung wegen Rücktrittes des Anklägers von der Anklage, so soll nach Rosenblatt (S. 114 Centralblatt 1897) das Civilgericht berechtigt sein, sich auf Grund der Strafacten selbständig seine Ueberzeugung zu bilden. Zweckentsprechend wird es wohl sein, den Staatsanwalt um die Mittheilung der Gründe seines Rücktrittes von der Anklage anzugehen.

4. Die Bestimmung des § 539 bezieht sich nur auf ein inländisches Strafverfahren, da das Civilgericht die Einleitung des strafgerichtlichen Verfahrens nur bei einem inländischen Strafgerichte veranlassen kann.

Ist jedoch die Verfolgung wegen der strafbaren Handlung im Inlande nicht möglich, liegt z. B. eine von einem Ausländer

Digitized by Google

im Auslande gefälschte Urkunde vor, so ist so vorzugehen, wie wenn das strafgerichtliche Verfahren aus anderen Gründen zu einer Verurtheilung nicht geführt hat. Die Unmöglichkeit der Verfolgung wird aber auch in diesem Falle von den inländischen Strafbehörden sicherzustellen sein. Die rechtskräftige Verurtheilung im Auslande wird jedoch die Statthaftigkeit der Wiederaufnahmsklage begründen.

§ 540. Ist in den Fällen des § 530 der Wiederaufnahmsgrund durch der Klage in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beigelegte Urkunden dargethan oder wird die Wiederaufnahme im Sinne des § 531 beantragt, so ist die Verhandlung und Entscheidung über den Grund und die Zulässigkeit der Wiederaufnahme, vorbehaltlich der dem Gerichte im § 189 eingeräumten Befugnis, mit der Verhandlung der Hauptsache zu verbinden.

Die Hauptsache wird dabei soweit von neuem verhandelt, als sie vom Anfechtungsgrunde betroffen ist.

Ist jedoch das zur Entscheidung über die Bewilligung der Wiederaufnahme zuständige Gericht höherer Instanz nach den für das Verfahren vor demselben geltenden Bestimmungen nicht in der Lage, die Hauptsache spruchreif zu machen, so hat es sich auf die Entscheidung über die Zulässigkeit der Wiederaufnahme zu beschränken und nach Rechtskraft des die Wiederaufnahme bewilligenden Urtheiles den Rechtsstreit zur Verhandlung der Hauptsache an das Gericht zurückzuverweisen, welches in erster Instanz dazu berufen gewesen ist. Von diesem ist sodann die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung der Hauptsache von amtswegen anzuberaumen und nach den für das Verfahren vor diesem Gerichte geltenden Vorschriften durchzuführen.

Den Gegenstand der Verhandlung bilden zwei Punkte:

a) ob die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung auszusprechen ist, ob sohin der geltend gemachte Anfechtungsgrund vorliegt (judicium rescindens);

b) im Falle der Aufhebung der angefochtenen Entscheidung die neuerliche Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache (judicium rescissorium).

Wo die Wiederaufnahme voraussichtlich zu bewilligen sein wird, soll die Verhandlung zur Hauptsache mit der Discussion über die Zulässigkeit der Wiederaufnahme verbunden werden (§ 540); wo jedoch für solche Annahme eine Grundlage fehlt, soll sich die Verhandlung zunächst bloß auf letztere Frage beschränken (Regierungsmotive, S. 318). Aber auch im Falle des § 540 kann das Gericht gemäß § 189 die Trennung der Verhandlung beschließen.

Digitized by Google

Der dritte Absatz hat die Verhandlung über eine Wiederaufnahmsklage vor dem Revisionsgerichte im Auge. Falls die Wiederaufnahmsklage bei einem Gerichte angebracht werden müsste, welches die Hauptsache nicht spruchreif machen kann, wäre die Verbindung der beiden Verhandlungen nicht bloß unbegründet, sondern einfach unausführbar (Regierungsmotive, S. 318). Die Zurückverweisung der Sache zur Verhandlung an die erste Instanz wird jedoch in jenen Fällen (§ 532) nicht erfolgen, wo nicht die Entscheidung erster, sondern nur jene zweiter oder dritter Instanz angefochten oder aufgehoben wird.

§ 541. In allen übrigen Fällen ist nur über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens oder über die Nichtigerklärung desselben zu verhandeln und durch Urtheil zu entscheiden.

Wird die Wiederaufnahme bewilligt, so ist das Verfahren in der Hauptsache, soweit es vom Anfechtungsgrunde betroffen wird, bei dem Gerichte, bei welchem die Wiederaufnahmsklage eingebracht wurde, oder wenn dieses nach den für das Verfahren geltenden Bestimmungen nicht in der Lage ist, die Hauptsache spruchreif zu machen, bei dem Gesichte abzuführen, welches zur Verhandlung der Hauptsache in erster Instanz berufen war.

In Bezug auf die Verweisung, die Anberaumung der Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung und die Durchführung der Verhandlung gelten die Bestimmungen des § 540, Abs. 3.

1. Bei der Nichtigkeitsklage ist das Verhältnis zwischen dem Nichtigkeitsgrunde und dem Meritum des Processes ein solches, dass die Entscheidung über das letztere durch die Verhandlung über den Nichtigkeitsgrund selten Förderung erfahren dürfte. Daher wird im § 541 auch für die Nichtigkeitsklage gesonderte Verhandlung vorgeschrieben (Regierungsmotive, S. 318) und zwar selbst dann, wenn der Nichtigkeitsgrund durch Urkunden dargethan wäre.

Die Entscheidung hat mittels Urtheiles zu erfolgen. Nur wenn sich erst bei der mündlichen Verhandlung die Unzulässigkeit des Anfechtungsgrundes in formeller Beziehung — zu unterscheiden von der materiellen Begründetheit des Begehrens — oder die verspätete Ueberreichung der Klage ergibt, die Klage sohin schon bei der Vorprüfung zurückzuweisen gewesen wäre (§ 538), hat die Zurückweisung durch Beschluss zu erfolgen (§ 543). Wie in jedem Endurtheile ist auch in diesem Falle über die Verpflichtung zum Kostenersatze zu entscheiden (§ 52). Die Ansicht Schauer's (S. 252 und 596), dass über die Kosten nach Vorschrift des § 51 zu erkennen sein

Digitized by Google

werde, dürfte nicht richtig sein, nachdem inhaltlich der Motive (S. 203) der § 51 nur für das Rechtsmittelverfahren gilt, das Gesetz aber die Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage nicht zu den Rechtsmitteln zählt. Die Kosten des aufgehobenen Verfahrens fallen daher in die allgemeinen Processkosten und theilen das Schicksal dieser.

2. Das Verfahren in der Hauptsache ist bei dem für die Wiederaufnahmsklage oder Nichtigkeitsklage in erster Instanz zuständigen Gerichte durchzuführen. Nur für die Revisionsinstanz ist die gleiche Bestimmung getroffen wie im dritten Absatze des § 540. Wird der Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage stattgegeben, so ist der Verhandlung der Hauptsache nur soweit wieder aufzunehmen, als der Anfechtungsgrund hiezu Veranlassung gibt. Nach Beschaffenheit desselben wird die fortzusetzende Verhandlung bald einen größeren, bald einen geringeren Umfang annehmen, ja unter Umständen gänzlich entfallen.

Die Nichtigkeitsklage nach § 529, Z. 1, dann die Wiederaufnahmsklage des § 530, Z. 4, ergreifen den ganzen Rechtsstreit und machen eine vollständig neue Verhandlung desselben nothwendig, es wäre denn der bezügliche Mangel nur im Verfahren höherer Instanz unterlaufen.

Betrifft jedoch die Nichtigkeit wegen mangelnder Vertretung der Partei schon die Erhebung der Klage, so ist die Thätigkeit des über die Anfechtung entscheidenden Gerichtes damit abgeschlossen, dass es das angefochtene Urtheil und das ganze Verfahren aufhebt. Zu einer Verhandlung und Entscheidung in der Hauptsache fehlt es hier an der unentbehrlichen Grundlage, nämlich an einer Klage; dieselbe muss erst wieder neuerlich erhoben werden.

Die übrigen Anfechtungsgründe, darunter auch jene des § 531, erfassen mehr minder bloß einzelne Punkte des Rechtsstreites oder des Verfahrens; nur deren Berichtigung oder Ergänzung ist Gegenstand der fortgesetzten Verhandlung, ohne dass die anderweitigen thatsächlichen Ergebnisse der früheren Verhandlung und Beweisführung, wie sie durch das angefochtene Urtheil constatiert sind, in Frage gestellt werden dürfen. Auf der Combination dieser feststehenden Resultate des früheren Verfahrens mit den Ergebnissen der fortgesetzten Verhandlung wird die Beurtheilung beruhen, ob und inwieweit das angefochtene Urtheil in der Hauptsache zu beseitigen und welche andere Ergebnisse an dessen Stelle zu setzen seien (Regierungsmotive, S. 318).

Digitized by Google

Es kann trotz der bewilligten Wiederaufnahme des Verfahrens das neue Urtheil mit dem aufgehobenen übereinstimmen, es kann ein abweichendes Urtheil gefällt, es kann der Rechtsstreit aber auch mittels Beschlusses (§ 261) beendet werden.

3. Soweit neu verhandelt wird, ist auch dem Wiederaufnahmsbeklagten bei der Verhandlung der Hauptsache, also innerhalb des judicium rescissorium, der Gebrauch neuer Angriffs- und Vertheidigungsmittel in dem gleichen Umfange gestattet, wie er ihm in dem betreffenden Processtadium gestattet gewesen sein würde (Motive zur C. P. O. f. d. Deutsche Reich, S. 343).

§ 542. Ist die Verhandlung zur Hauptsache bei dem zur Entscheidung über die Zulässigkeit der Wiederaufnahme zuständigen Gerichte abzuführen, so kann das Gericht nach Verkündung der dem Wiederaufnahmebegehren stattgebenden Entscheidung durch Beschluss anordnen, dass vor Ausfertigung dieser Entscheidung in der Hauptsache verhandelt werde. Gegen diesen Beschluss ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.

Die Entscheidung über die Zulässigkeit der Wiederaufnahme ist in diesem Falle in die Entscheidung über die Hauptsache aufzunehmen.

Die Bestimmung des § 542 beruht auf dem gleichen Grundsatze, wie jene des § 261.

Das Gericht kann, im Falle dem Wiederaufnahmsbegehren stattgegeben wird, diese Entscheidung einer abgesonderten Anfechtung entziehen und die Aufnahme der Verhandlung in der Hauptsache anordnen, wenn es zur Verhandlung der Hauptsache zuständig ist. Die Vorentscheidung kann dann nur mittels des gegen die Entscheidung in der Hauptsache offen stehenden Rechtsmittels angefochten werden. Von dieser Befugnis wird aber nur dann Gebrauch zu machen sein, wenn die Anfechtung der Entscheidung voraussichtlich ohne Erfolg sein dürfte.

§ 543. Ergibt sich erst bei der mündlichen Verhandlung, dass die Wiederaufnahms- oder Nichtigkeitsklage auf einen gesetzlich unzulässigen Anfechtungsgrund gestützt wird oder verspätet überreicht ist, so ist die Klage durch Beschluss zurückzuweisen.

Ergibt sich die Unzulässigkeit der Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage aus einem der bei § 538 unter a bis f angeführten Gründen erst bei der mündlichen Verhandlung, so ist die Klage mittels Beschlusses zurückzuweisen, gegen welchen Recurs zulässig ist.

Digitized by Google

§ 544. Ueber eine Wiederaufnahmsklage, welche gleichzeitig mit der Erhebung der Berufung oder Revision gegen dasselbe Urtheil oder während des anhängigen Berufungs- oder Revisionsverfahrens eingebracht wird, ist von amtswegen oder auf Antrag unverzüglich die Unterbrechung des Berufungs- oder Revisionsverfahrens anzuordnen, wenn einer der im § 530, Z. 1 bis 5, angeführten Wiederaufnahmsgründe geltend gemacht und das ergangene rechtskräftige strafgerichtliche Urtheil der Klage in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beigelegt wird.

Das Gericht, bei welchem die Wiederaufnahmsklage angebracht wurde, hat im Falle einer solchen Beschlussfassung das Gericht, bei welchem über das eingelegte Rechtsmittels zur Zeit verhandelt wird, von der angeordneten Unterbrechung des Rechtsmittelverfahrens sofort zu verständigen.

Ist der Wiederaufnahmsgrund in einer Weise constatiert. die jeden Zweifel an seinem Bestande ausschließt und ist deshalb gewiss, dass das frühere Urtheil aufgehoben wird — so bei den im § 530, Z. 1—5, angeführten Wiederaufnahmsgründen — dann soll über die Wiederaufnahmsklage eine Unterbrechung des anhängigen Rechtsmittelverfahrens stattfinden (Regierungsmotive, S. 319). Dadurch sollen Berufungsverhandlungen hintangehalten werden, welche durch die inzwischen erfolgte Erledigung der Wiederaufnahme alles Zweckes bar werden (Regierungsmotive, S. 305). Die Wirkungen der Unterbrechung sind jene des § 163. Die Unterbrechung ist von dem Gerichte, bei welchem die Wiederaufnahmsklage anhängig ist, auszusprechen und ist dieser Beschluss, wenn er nicht von amtswegen erfolgt, unanfechtbar (§ 546).

§ 545. Ob in den übrigen Fällen wegen Einbringung einer Wiederaufnahmsklage das in Bezug auf dasselbe Urtheil eingeleitete oder anhängige Berufungs- oder Revisionsverfahren unterbrochen werden soll, darüber hat das zur Verhandlung über die Klage berufene Gericht von amtswegen oder auf Antrag mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Falles und die für das Vorhandensein des Wiederaufnahmsgrundes vorgebrachten Beweise zu entscheiden.

Eine solche Unterbrechung kann auch noch während der mündlichen Verhandlung über die Wiederaufnahmsklage beschlossen werden. Bei Anordnung der Unterbrechung kommen die Bestimmungen des § 544, Abs. 2, zur Anwendung.

Während im § 544 die Unterbrechung des Rechtsmittelverfahrens imperativ vorgeschrieben ist, „ist anzuordnen“, wird diese Unterbrechung in den Fällen der §§ 530, Z. 6, 7,

Digitized by Google

531 dem richterlichen Ermessen überlassen. Das Gericht wird hier die Wahrscheinlichkeit der für die Wiederaufnahme geltend gemachten Gründe und damit die Wahrscheinlichkeit des Erfolges der Wiederaufnahmsklage gewissenhaft zu prüfen und nur dann die Unterbrechung des Rechtsmittelverfahrens zu bewilligen haben, wenn dasselbe voraussichtlich infolge der Wiederaufnahmsklage überflüssig werden dürfte und zugleich kein Verdacht chianöser Verzögerung und Störung des Rechtsmittelverfahrens obwaltet (Regierungsmotive, S. 319). Das Gericht wird insbesondere zu berücksichtigen haben, dass gegen seinen über Antrag gefassten Beschluss jedes Rechtsmittel ausgeschlossen ist (§ 546) und dass die Unterbrechung des Verfahrens die Vollstreckbarkeit der angefochtenen Entscheidung hemmt (S. 547).

§ 546. Gegen den Beschluss, durch welchen über einen gemäß §§ 544 und 545 gestellten Antrag entschieden wird, ist ein Rechtsmittel nicht statthaft.

Ist die Wiederaufnahmsklage rechtskräftig abgewiesen, so ist das unterbrochene Rechtsmittelverfahren von amtswegen oder auf Antrag wieder aufzunehmen. Der Antrag ist bei dem Gerichte zu stellen, vor welchem das Berufungs- oder Revisionsverfahren zur Zeit der angeordneten Unterbrechung anhängig war. Dieses Gericht hat die rechtzeitige Wiedervorlage der zur Fortsetzung der Verhandlung erforderlichen Acten von amtswegen zu veranlassen.

1. Der Beschluss, mit welchem die Unterbrechung des Rechtsmittelverfahrens ausgesprochen wird, ist nur dann unanfechtbar, wenn er über Parteienantrag gefasst wurde. Der gegentheiligen Ansicht Schauers (S. 599) dürfte der Umstand entgegenstehen, dass die amtswegige Unterbrechung des Rechtsmittelverfahrens von der gemeinsamen Conferenz beschlossen wurde, welche nach den Motiven (S. 4) dem Beisatze „von amtswegen“ eine besondere Beachtung geschenkt hat, daher gewiss nicht unterlassen hätte, die durch die Aufnahme dieses Beisatzes in den §§ 544, 545 nothwendige Abänderung des § 546 vorzunehmen, wenn sie dieselbe für nothwendig erachtet hätte, insbesondere da sie eben im § 546 im zweiten Absatze die Einsetzung dieses Beisatzes für nothwendig erachtet hat.

2. Nachdem die Wiederaufnahme des Rechtsmittelverfahrens von amtswegen zu erfolgen hat, so wird die rechtskräftige Abweisung der Wiederaufnahmsklage der Rechtmittelinstanz unter Vorlage der Acten auf gleiche Weise anzuzeigen sein, wie sie von der Unterbrechung des Verfahrens verständigt worden ist (§ 544).

Digitized by Google

Aber auch von der rechtskräftigen Stattgebung der Wiederaufnahmsklage wird die Rechtsmittelinstanz zum Zwecke des formellen Abschlusses des Rechtsmittelverfahrens in Kenntnis zu setzen sein.

§ 547. Sofern nicht nach den vorstehenden Bestimmungen infolge Einbringung der Wiederaufnahmsklage eine Unterbrechung eines anhängigen Rechtsmittelverfahrens angeordnet wird, hat die Erhebung einer Wiederaufnahmsklage in Bezug auf den Eintritt der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urtheiles keine hemmende Wirkung.

Auf die Vollstreckbarkeit eines angefochtenen rechtskräftigen Urtheiles ist die Einbringung einer Nichtigkeitsklage oder einer Wiederaufnahmsklage ohne Einfluss.

Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklagen haben, außer dem Falle der Unterbrechung des Verfahrens über eine Wiederaufnahmsklage nach §§ 544, 545, keinen Suspensiveffect, doch kann auf Grund eines mittels Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage angefochtenen Urtheiles nach § 42 E. O. über Antrag die Aufschiebung (Hemmung) der Execution bewilligt werden.

Digitized by Google

Civilprocessordnung.

Sechster Theil.

Digitized by Google

Digitized by Google

Sechster Theil.

Besondere Arten des Verfahrens.

Erster Abschnitt: **Mandatsverfahren.**

§ 548. In einer zur Geltendmachung einer Forderung an Geld oder anderen vertretbaren Sachen eingebrachten Klage kann der Kläger beantragen, dass gegen den Beklagten ein Zahlungsauftrag (Mandat) erlassen werde, wenn alle Thatsachen, auf welche der Anspruch des Klägers in der Hauptsache sowie die Nebenforderungen sich gründen, durch in Urschrift von unbedenklicher äußerer Form beigebrachte Urkunden der nachbezeichneten Art bewiesen werden:

1. durch im Geltungsgebiete dieses Gesetzes errichtete öffentliche Urkunden;

2. durch Privaturkunden, auf welchen die Unterschriften der Aussteller von einem inländischen Gerichte oder Notar beglaubigt sind;

3. durch andere Urkunden, auf Grund welcher für die eingeklagte Forderung ein dingliches Recht in einem inländischen öffentlichen Buche einverleibt ist, wenn zugleich gegen die gerichtliche Verordnung, infolge deren diese Einverleibung geschah, weder ein Recurs anhängig, noch auch bücherlich angemerkt ist, dass diese Einverleibung streitig ist.

1. Die Klage muss auf Geltendmachung, also auf Zahlung oder Leistung gerichtet sein. Feststellungsklagen nach § 228 können im Mandatsverfahren nicht angebracht werden und in den über die Richtigkeit oder Rangordnung einer im Concursverfahren angemeldeten Forderung abzuführenden besonderen Rechtsstreiten ist auch in den zur Einleitung des Mandatsverfahrens geeigneten Fällen nach den Vorschriften über das ordentliche Verfahren zu verhandeln und zu entscheiden (§ 131, C. O.).

Digitized by Google

Gegenstand der Klage muss eine Forderung an Geld oder anderen vertretbaren Sachen sein. Die weiterreichenden Worte des § 1 der kais. Verordnung v. 21. Mai 1855, R.-G.-Bl. Nr. 95, werden auch jetzt schon überwiegend dahin verstanden, dass trotz des Ausdruckes „persönliche Verbindlichkeit“ personenrechtliche Verbindlichkeiten im Mandatsverfahren nicht geltend gemacht werden können. Für Verrichtungen vermögensrechtlicher Art, die nicht Geld- oder andere Sachleistungen, sondern Arbeitsverrichtungen und dergleichen sind (Regierungsmotive, S. 320) kann das Mandatsverfahren nicht beansprucht werden. Als wesentliche Merkmale der Vertretbarkeit gelten, dass der Anspruch auf ein genus geht, und zwar dass es objectiv (entsprechend der Verkehrssitte, nicht bloß nach der Absicht der Parteien) unerheblich ist, ob die eine Sache an Stelle der anderen tritt, und dass deshalb die Sache im Handel und Wandel nach Maß, Zahl und Gewicht bestimmt zu werden pflegt (Protokolle der Reichstagscommission, S. 580 u. 581).

Die bloße Absicht der Parteien, eine generische Verpflichtung herzustellen, genügt also nicht, dieselbe muss vielmehr mit dem erwähnten objectiven Momente zusammentreffen (Wilmowski, S. 833). Wohl aber steht es den Parteien frei, objectiv vertretbare Sachen zu individualisieren und als species zu behandeln.

Die Klage auf Rückgabe bestimmter Wertpapiere, welche ein Banquier im Auftrage eines Dritten gekauft und demselben, mit Nummern bezeichnet, auf Depot-Conto gutgeschrieben hat, kann nicht im Mandatsverfahren verfolgt werden (R. G. Leipzig, X, S. 341). Werden nichtfungible und fungible Ansprüche cumulativ oder alternativ verbunden, so ist der Urkundenprocess unzulässig. Der Entstehungsgrund des Anspruches ist gleichgiltig, insbesondere ob die Ansprüche persönlicher oder nur dinglicher Natur sind, ob sie aus einseitigen oder zweiseitigen Verträgen herrühren (Wilmowski, S. 834).

Die Leistung kann auch von einer Gegenleistung abhängig sein (Ullmann, S. 417). Hypothekarklagen sind im Mandatsverfahren zulässig (E. d. O. G. H. Nr. 9624).

2. Abweichend von den Bestimmungen der §§ 77, 226 müssen die Urkunden der Klage in Urschrift beigeschlossen werden. Die Vorlage einer beglaubigten Abschrift genügt nicht (E. d. O. G. H., Nr. 8745). Im Verfahren vor Bezirksgerichten jedoch kann sich der Kläger auf die bei dem Processgerichte in Urschrift erliegenden Acten berufen. Solche Urkunden, welche sich in depositen- oder waisenämtlicher Ver-

Digitized by Google

wahrung des Processgerichtes befinden, erliegen gleichfalls bei diesem Gerichte.

Die Urkunden müssen von äußerlich unbedenklicher (§ 296) Form sein und müssen durch dieselben bewiesen werden:

a) Die Thatsachen, welche die Forderung in der Hauptsache sowie betreffs der Nebenforderungen begründen, der eigentliche Klagegrund;

b) die Sachlegitimation des Klägers und des Beklagten, insbesondere, sofern die Berechtigung des Klägers oder die Verpflichtung des Beklagten von dem Beweise einer außerhalb der Urkunde gelegenen Thatsache abhängt, auch diese Thatsache (§ 549);

c) falls der Forderung die Einwendung der Verjährung entgegengesetzt werden könnte, die Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung (§ 549).

Nicht gefordert wird der Beweis der die Fälligkeit der Forderung begründenden Säumnis (E. d. O. G. H., J. B. Nr. 76), der Nachweis des Verzuges bei Forderung von Saumsalszinsen (E. d. O. G. H., Nr. 6718), der Verständigung des Cessus (E. d. O. G. H., Nr. 10519). Thatsachen, welche im Sinne des § 269 bei Gericht offenkundig sind, bedürfen auch im Mandatsverfahren keines Beweises (R. G. Leipzig, XIII, S. 370).

3. Als Urkunden zählt das Gesetz auf:

a) im Inlande errichtete öffentliche Urkunden (§ 292), insbesondere auch Notariatsacte. Auf Grund von ausländischen Notariatsacten ist die Mandatsklage unzulässig (E. d. O. G. H., Nr. 6213).

b) Privaturkunden, also auch im Auslande errichtete öffentliche Urkunden (Canstein, Lehrbuch, II, 703), auf welchen die Unterschriften der Aussteller von einem inländischen Gerichte oder Notar beglaubigt sind.

c) Urkunden anderer Art, auf Grund welcher die eingeklagte Forderung in einer Land- oder Lehentafel, einem Grund-, Berg- oder Eisenbahnbuche einverleibt erscheint. Die Vorlage des Buchauszuges ist nicht erforderlich (E. d. O. G. H., Nr. 76 J. B.). Es kann sich hier mit Rücksicht auf die Bestimmungen des a. Grdb.-Ges. nur um solche Urkunden handeln, auf Grund deren vor Eintritt der Wirksamkeit des Grdb.-Ges. grundbücherliche Einverleibungen erfolgt sind, oder bei denen nach § 3, Ges. v. 4. Juni 1882, Nr. 67 R.-G.-Bl., wegen der beigesetzten Genehmigung einer Staats-,

Landes- oder Bezirksbehörde oder nach dem Gesetze vom 5. Juni, 1890, Nr. 109 R.-G.-Bl., betreffend die Erleichterung des Legalisierungszwanges bei geringfügigen Grundbuchssachen, die Legalisierung nicht erforderlich ist. Das L. G. für Böhmen v. 26. März 1891, Z. 25, L.-G.-Bl., bezeichnet als solche geringfügige Sachen jene, bei welchen der Betrag der Forderung ohne Zinsen und Nebengebüren 100 fl. nicht übersteigt. Außerdem darf gegen die Einverleibung weder ein Recurs anhängig, noch die Streitanhängigkeit grundbücherlich angemerkt sein, worüber das Grundbuch Aufschluss gibt und eventuell eingesehen werden muss. Bei Bestand von Afterpfandrechten kann nur der gerichtliche Erlag begehrt werden (E. d. O. G. H., Nr. 2225).

d) Auf Grund der legalisierten Original-Schuldurkunde und eines gerichtlich oder notariell beglaubigten Auszuges aus ihren Büchern können jene Anstalten, welche unter der Aufsicht des Staates Creditgeschäfte betreiben, wenn zu ihrem Geschäftsbetriebe insbesondere die Gewährung von Hypothekardarlehen oder die Erwerbung und Veräußerung unbeweglicher Güter gehört, ohne Rücksicht auf die Zeit, seit welcher die Forderung einverleibt ist, sohin auch ohne weiteren Nachweis der Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung, die Erlassung des Zahlungsauftrages begehren (Art. IV a der M.-V. vom 28. October 1865, Nr. 10 R.-G.-B., Art. IX, E.-G.)

4. Das Mandatsverfahren ist nur facultativ, nicht obligatorisch. Die allgemeinen Vorschriften bezüglich der Zuständigkeit, der Vertretung der Parteien, des Anwaltszwanges, der Streitverkündigung und Intervention, der Rechtshängigkeit, des Versäumnisverfahrens und der Rechtsmittel finden unverändert Anwendung. Sicherheitsleistung für die Processkosten kann jedoch nicht verlangt werden (§ 57).

§ 549. Wenn die Klage nicht von derjenigen Person, welche nach den der Klage zugrunde liegenden Urkunden als berechtigt erscheint, oder wenn sie gegen eine andere Person als den in diesen Urkunden benannten Verpflichteten erhoben wird, kann dem Antrage auf Erlassung eines Zahlungsauftrages nur dann stattgegeben werden, wenn und soweit durch Urkunden der in § 548 bezeichneten Beschaffenheit bewiesen wird, dass der Anspruch oder die Verpflichtung ganz oder theilweise von dem ursprünglich Berechtigten oder Verpflichteten auf diejenigen

Digitized by Google

Personen übergegangen sind, von welchen oder wider welche die Klage erhoben wird.

Zur Einbringung von Forderungen, welchen die Einwendung der Verjährung entgegengesetzt werden könnte, kann ein Zahlungsauftrag nur dann erlassen werden, wenn die Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung schon in der Klage durch Urkunden der im § 548 bezeichneten Beschaffenheit erwiesen wird.

Vergl. Anm. 2 bei § 548. Die Bestimmungen über die Unterbrechung der Verjährung sind im § 1497, jene über die Hemmung der Verjährung in den §§ 1494 bis 1496 a. b. G.-B. enthalten.

§ 550. Infolge eines gemäß §§ 548 und 549 gestellten Antrages ist der Zahlungsauftrag ohne vorhergehende mündliche Verhandlung und ohne Einvernehmung des Beklagten zu erlassen. Falls zur Erlassung des Zahlungsauftrages ein Bezirkgericht zuständig ist, kann der Kläger, insoweit die nach §§ 548 und 549 zur Begründung seiner Ansprüche erforderlichen Urkunden in Urschrift bei eben diesem Gerichte erliegen, die Vorlage der Urkunden durch die Berufung auf die bezüglichen Gerichtsacten ersetzen.

In dem Zahlungsauftrage ist auszusprechen, dass der Beklagte binnen vierzehn Tagen nach Zustellung des Zahlungsauftrages bei sonstiger Execution die gegen ihn geltend gemachten Ansprüche nebst den vom Gerichte bestimmten Kosten zu befriedigen oder seine Einwendungen gegen den Zahlungsauftrag zu erheben habe. Diese Frist kann nicht verlängert werden.

Der Zahlungsauftrag ist dem Beklagten nach den für Klagen geltenden Bestimmungen zuzustellen.

Der Zahlungsauftrag kann nur erlassen werden, wenn der Kläger in der Klage den diesbezüglichen Antrag gestellt hat (§ 548), wenn die Zuständigkeit des Gerichtes begründet (§ 230, Anm. 2), die Klage formell ohne Mangel (§ 230, Anm. 3) ist, wenn sich keine Bedenken bezüglich der Processfähigkeit, der etwa erforderlichen gesetzlichen Vertretung und besonderen Ermächtigung zur Processführung (§ 230, Anm. 4) ergeben, und wenn außerdem die Vorschriften der §§ 548, 549 beobachtet erscheinen.

Die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 49, 52, 53 J. N.). Gegen Versäumung der Nothfrist (§ 128) ist Wiedereinsetzung zulässig (§ 146). Die Zustellung des Zahlungsauftrages hat zu eigenen Handen des Beklagten zu erfolgen (§ 106). In dem Zahlungs-

Digitized by Google

auftrage ist, wenn der Kläger das Kostenverzeichnis eingelegt hat, auch über die Processkosten zu entscheiden (§ 52). Wenn in derselben Klage mehrere Ansprüche erhoben werden und nur für einzelne derselben die Erlassung des Mandates zulässig erscheint, so wird das Gericht gemäß § 188 die getrennte Verhandlung über die zur Erlassung des Zahlungsauftrages nicht geeigneten Ansprüche (z. B. die Verzugszinsen, betreffs deren die Unterbrechung der Verjährung nicht nachgewiesen ist) zu beschließen, ein Theilmandat zu erlassen und betreffs der nicht beurkundeten Ansprüche nach § 554 vorzugehen haben. Es wird daher nicht mehr nothwendig sein, das Mandat zu verweigern, wenn nicht für die ganze Forderung des Klägers Mandat zulässig erscheint.

§ 551. Wird in einer schriftlich angebrachten Klage die Erlassung des Zahlungsauftrages gegen mehrere Beklagte beantragt, so kann diesem Antrage nur in Ansehung derjenigen Beklagten Folge gegeben werden, für welche mit Abschriften aller Beilagen versehene Exemplare der Klageschrift vorgelegt werden. Hiebei ist die Reihenfolge maßgebend, in welcher die Beklagten in der Klage genannt sind.

Wird die Klage nur gegen einen Beklagten eingebracht, so ist sie in zwei Exemplaren und einer Rubrik für den Kläger zu überreichen (§ 80). Außer den Originalbeilagen sind Abschriften derselben für den Beklagten beizuschließen. Diesbezügliche Mängel werden gemäß § 85 zu beheben sein. Gegen mehrere Beklagte kann die Klage nur unter den Voraussetzungen der Streitgenossenschaft (§§ 11, 12) angebracht werden, wo sodann für jeden Beklagten ein Klagspare mit den Abschriften der Beilagen vorzulegen ist. Mangelt es an den erforderlichen Parien oder Abschriften, so darf die Klage nicht zur Verbesserung zurückgestellt werden, vielmehr ist die Zustellung an die Beklagten in der Reihe, wie sie in der Klage genannt sind, soweit die Zahl der belegten Klagsausfertigungen reicht, zu veranlassen. Betreffs der übrigen Mitbeklagten ist die Klage ohne Wirkung.

§ 552. Gegen die Erlassung des Zahlungsauftrages ist ein Rechtsmittel nicht zulässig, doch kann die im Zahlungsauftrage enthaltene Entscheidung über die Kosten mittels Recurs angefochten werden.

Die Einwendungen gegen den Zahlungsauftrag sind innerhalb der im Zahlungsauftrage bezeichneten Frist bei dem Gerichte anzubringen, welches den Auftrag erlassen hat. Verspätet angebrachte Einwendungen sind ohne Verhandlung zurückzuweisen.

Digitized by Google

Ueber rechtzeitig überreichte Einwendungen ist ohne neuerlichen Antrag des Klägers auf thunlichst kurze Zeit eine Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung anzuberaumen.

1. Gegen die Anordnung einer Tagsatzung ist nach § 130 ein abgesonderter Recurs ausgeschlossen. Dennoch wird gegen die Verweigerung der Erlassung des Zahlungsauftrages unter gleichzeitiger Anordnung der Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung der Recurs zulässig sein, weil es sich nicht um einen Recurs gegen die Tagsatzungsanordnung, sondern gegen die Verweigerung der Erlassung des Mandates handelt.

Die Entscheidung über die Kosten kann sowohl vom Kläger als vom Beklagten angefochten werden.

Gegen den Zahlungsauftrag selbst kann weder der Kläger noch der Beklagte ein Rechtsmittel ergreifen.

Auslassungen oder Schreibfehler werden nach §§ 430, 419, 423 zur Ergänzung oder Berichtigung des Mandates Anlass geben. Wenn der Beklagte Umstände und Beweismittel anführen will, aus welchen der Nichtbestand der Forderung oder die Unzulässigkeit des eingeleiteten Verfahrens folgt (Ullmann, S. 420), wenn die Klage bei einem unzuständigen Gerichte angebracht wurde, wenn schon nach Inhalt der Klage dieselbe abzuweisen war, oder wenn die Forderung noch nicht fällig ist, hat der Beklagte innerhalb der Nothfrist von 14 Tagen Einwendungen anzubringen, für welche die Vorschriften über vorbereitende Schriftsätze (§§ 75, 78) gelten. Die Abweisung verspätet eingebrachter Einwendungen hat von amtswegen zu erfolgen. Gegen die Versäumung der Frist ist Wiedereinsetzung (§ 146), gegen die Zurückweisung der Einwendungen als verspätet Recurs zulässig.

2. Ueber rechtzeitig eingebrachte Einwendungen, welche nicht zur Beseitigung von Formgebrechen zur Verbesserung zurückzustellen sind, hat mit Ausschluss eines vorbereitenden Verfahrens und einer „ersten Tagsatzung“ bei Bezirksgerichten und Gerichtshöfen die Anordnung der Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung ohne Einhaltung der Ladungsfristen der §§ 231, 257 zu erfolgen.

Beträgt der Streitgegenstand nicht mehr als 50 fl., so ist die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung im Bagatellverfahren anzuordnen. Die zu Beginn der Wirksamkeit der Civilprocessordnung bereits laufenden Fristen zur Einbringung der Einwendungen werden durch das Inkrafttreten der Civilprocessordnung in ihrem Laufe und in ihrer Dauer nicht berührt (Art. LII, E. G.). Werden diese Einwendungen erst nach

Digitized by Google

dem Inkrafttreten der Civilprocessordnung eingebracht oder hat die Verhandlung über dieselben noch nicht begonnen, so haben in dem durch diese Einwendungen veranlassten Verfahren die Vorschriften der Civilprocessordnung zur Anwendung zu kommen (Art. XLVIII E. G.). Wenn dem Gerichte die sachliche Zuständigkeit fehlt, ist die Sache in diesem Falle dem zuständigen Gerichte abzutreten (Art. XX E. G. z. J. N.).

Das weitere Verfahren über die Einwendungen richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften.

§ 553. In dem das Verfahren erledigenden Urtheile ist auszusprechen, ob der an den Beklagten erlassene Zahlungsauftrag aufrecht erhalten bleibe oder ob und inwiefern derselbe aufgehoben werde.

Die Streitsache kann durch Urtheil (§ 417) oder durch Beschluss (§ 261) erledigt werden. Auch in dem betreffenden Beschlusse wird die Aufhebung des Mandates auszusprechen sein.

§ 554. Kann dem in der Klage gestellten Antrage auf Erlassung eines Zahlungsauftrages nicht stattgegeben werden, so ist, falls sich die Klage zur Bestimmung der Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung vor diesem Gerichte eignet, nach Vorschrift des Gesetzes vorzugehen; außer diesem Falle ist die Klage als zur Einleitung des Verfahrens nicht geeignet zurückzuweisen.

Fehlt es an den Voraussetzungen zur Erlassung des Mandates, so ist über die Klage unter Abweisung des Begehrens um Erlassung desselben bei Gerichtshöfen nach § 230 die „erste Tagsatzung“, bei Bezirksgerichten nach §§ 437, 438 die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung anzuordnen, gegen welchen Beschluss der Recurs zulässig erscheint.

Fehlen die Voraussetzungen zur Einleitung des rechtlichen Verfahrens und können dieselben nicht nach § 230 behoben werden, so ist die Klage zurückzuweisen.

Zweiter Abschnitt: **Verfahren in Wechselstreitigkeiten.**

§ 555. In dem Verfahren über Klagen zur Geltendmachung wechselmäßiger Ansprüche ist:

1. im Urtheile die Frist für die Erfüllung der dem Beklagten auferlegten Verbindlichkeit auf drei Tage festzusetzen;

Digitized by Google

2. die Frist zur Stellung des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, zur Erhebung der Berufung oder Revision, sowie zur Einlegung des Recurses beträgt acht Tage. Diese Fristen können nicht verlängert werden.

1. Unter Geltendmachung wechselmäßiger Ansprüche sind nur Klagen auf Zahlung der Wechsel-, der Wechselregresssumme, auf Sicherstellung im Sinne der Art. 25, 29 W. O. oder auf gerichtlichen Erlag bei eingeleiteter Amortisation des Wechsel (Haimerl, S. 212) zu verstehen. Klagen, deren Fundament nicht der Literalcontract des Wechsels, sondern ein außerhalb desselben liegendes Rechtsgeschäft bildet, z. B. Klagen auf Herausgabe des eingehobenen Geldbetrages gegen den Procuraindossatar (Art. 17), auf Ersatz wegen unterlassener Notification (Art. 45), auf Uebergabe des quittierten Wechsels (Art. 48), auf Ersatz gegen den Ehrenacceptanten (Art. 58), des Ehrenacceptanten auf Zahlung der Provision (Art. 65), auf Ausstellung eines Duplicates (Art. 66), auf Ausfolgung des Originalwechsels (Art. 72), auf Herausgabe des Wechsels (Art. 74) und die Bereicherungsklage (Art. 83) eignen sich nicht zum Verfahren in Wechselsachen.

2. Sachlich zuständig ist für Wechselklagen ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes der zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit berufene Gerichtshof (§ 51 J. N.). Aus einem Wechsel verpflichtete Personen können vom Inhaber des Wechsels bei dem Gerichte des Zahlungsortes als Streitgenossen (§ 93 J. N.) geklagt werden (§ 89 J. N.). Außerdem kann die Wechselklage auch bei dem Gerichte des Wohnsitzes eines der Wechselverpflichteten, oder wenn sich unter ihnen Haupt- und Nebenverpflichtete befinden, bei dem Gerichte des Wohnsitzes eines der Hauptverpflichteten angebracht werden (§ 93 J. N.).

Als Wohnsitz gilt nur der wirkliche Wohnsitz, nicht der der Art. 4 und 97 W. O. (Ullmann, S. 407). Im Verfahren in Wechselsachen besteht keine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Processkosten (§ 57).

Wechselsachen sind Ferialsachen (§ 224).

Die besonderen Processe über die Richtigkeit oder Rangordnung einer zum Concurse angemeldeten Wechselforderung sind im ordentlichen Verfahren auszutragen (§ 131, C. O.).

3. Abweichend von der allgemeinen Vorschrift des § 409 ist die Leistungsfrist auf 3 Tage zu bestimmen. Sofern ein Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig ist (§ 556 beträgt die Frist zur Stellung des Antrages nicht vierze

Digitized by Google

(§ 148) sondern acht Tage. Desgleichen die Frist zur Erhebung der Berufung (§ 464), der Revision (§ 505) des Recurses (§ 521) acht Tage. Zur Erstattung der Berufungs- (§ 468) und Revisionsbeantwortung (§ 507) läuft die allgemeine Frist von 14 Tagen. In diese Nothfristen (§ 128) sind die Tage des Postenlaufes nicht einzurechnen (§ 89, Ger.-Verf.-Ges.).

§ 556. In Rechtsstreitigkeiten aus Wechseln findet die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Wiederaufnahme des Verfahrens zum Nachtheile einer Partei, die in dem Hauptprocesse in gutem Glauben gehandelt hat, nicht statt, wenn diese Partei in der Zwischenzeit ihre wechselmäßigen Ansprüche an Dritte durch Ablauf der Zeit ganz oder zum Theile verloren hat oder doch wegen Kürze der noch übrigen Zeit nicht mehr geltend machen kann.

Die Vorschriften über die Wechselverjährung enthalten die Art. 77 bis 79 W. O. Zur Unterbrechung der Verjährung ist nach Art. 80 W. O. die Zustellung der Klage erforderlich.

Jedoch vertritt in dieser Hinsicht die von dem Beklagten geschehene Streitverkündung die Stelle der Klage. Der Behändigung der Klage steht in Bezug auf die wechselrechtliche Verjährung die Geltendmachung des Anspruches in der mündlichen Verhandlung (§ 232, Abs. 2) gleich (Art. XLV E. G.). Soweit nach Verlust des Wechselrechtes ein gemeinrechtlicher Anspruch besteht, steht der gemeinrechtlichen Restitution nichts im Wege (Ullmann, S. 416).

§ 557. Wenn sich die mittels der Klage geltend gemachte Forderung auf einen Wechsel gründet, welcher alle Erfordernisse der Giltigkeit besitzt und gegen dessen Echtheit sich keine Bedenken ergeben, und wenn zugleich in der Klage nebst dem Wechsel auch der Protest und die Retourrechnung, soweit diese Urkunden im einzelnen Falle zur Begründung der klägerischen Ansprüche erforderlich sind, in Urschrift vorgelegt werden, so kann der Kläger begehren, dass dem Beklagten aufgetragen werde, binnen der unerstreckbaren Frist von drei Tagen bei sonstiger Execution die Wechselschuld nebst den ausgewiesenen Nebenforderungen und den angesprochenen und vom Richter bestimmten Kosten zu bezahlen oder seine Einwendungen dagegen zu erheben (Zahlungsauftrag).

1. Die Klage muss sich auf einen Wechsel gründen Kaufmännische Anweisungen sind keine Wechsel. Ausländische Wechsel, welche zwar nicht den Erfordernissen der Wechselordnung genügen, wohl aber den Erfordernissen der Gesetze des Ortes, an welchen sie ausgestellt sind, werden nach Art.

Digitized by Google

85 W. O. als Wechsel anerkannt. Ueber eine in Form eines Wechsels ausgestellte Urkunde, in deren Context oder beigefügtem Zusatze die Erklärung einer anderen als der aus der Natur des Wechsels fließenden Verbindlichkeit enthalten ist, findet das Wechselverfahren nicht statt (E. d. O. G. H., J. B. Nr. 91). Ansprüche aus Wechselerklärungen, welche nicht von ihrem Aussteller selbst unterzeichnet, sondern mit dessen Namen von einem anderen unterschrieben sind, eignen sich zur Geltendmachung im Wechselverfahren nur dann, wenn der letztere auch seine eigene Unterschrift mit einem auf Bevollmächtigung hinweisenden Zusatze beigefügt hat, und wenn außerdem die von dem Machtgeber unterschriebene, oder mit dessen gerichtlich oder notariell beglaubigtem Handzeichen versehene Vollmacht beigebracht wird. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Zeichnung der Firma eines Kaufmannes werden durch diese Anordnung nicht berührt (Ges. v. 19. Juni 1872, Nr. 88 R.-G.-Bl.).

Der Wechsel muss in Original vorliegen, mit allen nach Art. 4 bis 7, 85, 96 W. O. zur Giltigkeit vorgeschriebenen Eigenschaften versehen sein und es dürfen sich gegen dessen Echtheit keine Bedenken (§ 296) ergeben. Die active und passive Legitimation muss nachgewiesen sein.

Nach der E. d. O. G. H. (Nr. 42 Jud. B.) kann die Zahlungsauflage auch auf Grund eines nicht durch Indossament, sondern durch Cession, Erbeinantwortung oder in anderer Weise erworbenen Wechsels erlassen werden.

2. Die Präsentation und der Protest gehören (auch bei Sichtwechseln) nicht zur Begründung des Anspruches auf die Wechselsumme gegen den Acceptanten des ohne bestimmten Domiciliaten gezogenen, beziehungsweise den Aussteller eines solchen eigenen Wechsels. In keinem Falle gehört der Nachweis der Präsentation zur Klagebegründung, wenn der Protest erlassen ist (Art. 42 W. O.) (Wilmowski, S. 835).

Die Zinsen vom Verfallstage des Wechsels werden gegen den Acceptanten ohne Nachweis der Präsentation mittels Mandates zugesprochen, desgleichen die Processkosten, sofern das Kostenverzeichnis vorliegt.

3. Domicilierte Wechsel sind dem Domiciliaten, oder wenn ein solcher nicht benannt ist, dem Bezogenen selbst zur Zahlung zu präsentieren, und wenn die Zahlung unterbleibt, zu protestieren (Art. 43, W. O.). Zur Erhaltung des Wechselanspruches gegen den Acceptanten des gezogenen und den Aussteller des eigenen Wechsels ist die Präsentation und Protest-

Digitized by Google

erhebung am Zahlungsorte nur dann nothwendig, wenn eine von dem Wechselgläubiger und von dem Acceptanten ververschiedene Person als Domiciliat benannt worden ist (E. d. O. G. H., Nr. 12 Jud. B.).

Ein bei dem Aussteller und Remittenten selbst zu dem Ende domicilierter Wechsel, damit der Bezogene bei ihm die Zahlung leiste, bedarf zur Erhaltung des wechselmäßigen Anspruches gegen den Acceptanten keiner Protesterhebung (E. d. O. G. H., Nr. 13 Jud. B.).

Der in diesen beiden Judicaten ausgesprochene Grundsatz findet keine Anwendung, sobald der Domiciliat zur Verfallszeit nicht Wechselgläubiger war (E. d. O. G. H., Nr. 75 Jud. B.). Ein Wechsel, in welchem außer dem Trassaten, resp. Acceptanten oder Aussteller eines eigenen Wechsels noch eine andere an demselben Orte (Stadt, Marktflecken, Dorf), wo der Bezogene oder Aussteller des eigenen Wechsels seinen Wohnsitz hat, wohnende Person als Zahlungsleister angegeben wird, ist nicht als ein domicilierter Wechsel anzusehen (E. d. O. G. H., Nr. 47 Jud. B.).

4. Zur Geltendmachung der Wechselregressumme auch gegen den directen Wechselschuldner gehört der Nachweis der Präsentation durch Vorlage des Originalprotestes und der Retourrechnung (Art. 54, W. O.).

Nach Ullmann (S. 408) ist auch der Nachweis der rechtzeitigen Notification (Art. 45 W. O.) erforderlich, nach Wilmowski (S. 836) nicht. Auch die Höhe der Nebenforderungen hat der Wechselkläger nur insoweit besonders zu beweisen, als sie sich nicht aus dem Wechsel und Protest, resp. aus dem Gesetze (Art. 50, 51, W. O.) ohne Weiteres ergeben oder nach der Sachlage unter angemessener Thatsachenwürdigung und Berücksichtigung des Nothwendigen und Ueblichen als erwachsen anzunehmen sind (Wilmowski, S. 836).

5. Der Zahlungsauftrag hat entgegen der derzeitigen Uebung ausdrücklich die dreitägige Nothfrist zur Zahlung oder zur Erhebung der Einwendungen zu bestimmen. Die Leistungsfrist ist hier von der Zustellung des Zahlungsauftrages zu berechnen und gegen die Erlassung des Zahlungsauftrages ist ein Recurs ausgeschlossen (§ 552), sofern derselbe nicht lediglich gegen die Kosten gerichtet ist. Die Erlassung des Zahlungsauftrages hat stets durch ein hiezu bestelltes Mitglied des Gerichtshofes als Einzelrichter zu erfolgen (§ 7 J. N.).

Die Entwerfung der Beschlussausfertigung kann der Gerichtskanzlei aufgetragen und die Zurückbehaltung einer Urschrift

Digitized by Google

oder Abschrift durch einen kurzen Bewilligungsvermerk auf der Eingabe oder dem Protokolle ersetzt werden (§ 56 Ger.-Verf.-Ges.).

§ 558. In einer auf Grund des Artikels 25 oder 29 der Wechselordnung erhobenen Klage auf Sicherstellung kann der Kläger, wenn er die Urschrift des Protestes vorlegt und in den Fällen des Artikels 29 auch die übrigen Voraussetzungen seines Anspruches durch glaubwürdige, der Klage in Urschrift beigelegte Urkunden beweist, den Antrag stellen, dass dem Beklagten aufgetragen werde, binnen der Nothfrist von drei Tagen bei sonstiger Execution die den Vorschriften der Wechselordnung entsprechende Sicherheit zu leisten, sowie die angesprochenen und vom Richter bestimmten Kosten zu bezahlen oder seine Einwendungen dagegen zu erheben (Sicherstellungsauftrag).

Der Klage auf Sicherstellung wegen nicht erhaltener Annahme (Art. 25 W. O.) oder wegen Unsicherheit des Acceptanten (Art. 29 W. O.) braucht der Wechsel weder in Urschrift noch in Abschrift beigeschlossen zu werden. Es genügt die Vorlage des Originalprotestes. Die Zulässigkeit des Wechselverfahrens ist aus der im Proteste aufgenommenen Abschrift des Wechsels zu beurtheilen. Im Falle des Art. 29 ist der Wechselinhaber berechtigt, auch von dem Acceptanten im Wege des Wechselprocesses Sicherstellung zu fordern (J. M. V. v. 2. November 1858, Nr. 198 R.-G.-Bl.). Neben dem Wechselproteste muss im Falle des Art. 29 W. O. die Unsicherheit des Acceptanten durch Urschriften glaubwürdiger Urkunden bewiesen sein. Ungenügend ist ein Zeugnis des Gemeindeamtes, dass der Schuldner verschwunden sei, dass dessen Vermögensverhältnisse erschüttert seien und er offenbar seine Zahlungen einstellen wolle (E. d. O. G. H., Krall Nr. 141), die Erklärung der Gattin des Schuldners, dass ihr Mann zu zahlen unvermögend sei (E. d. O. G. H. Ger. H., Nr. 10 ex 1878); genügend der Nachweis, dass Executionen fruchtlos geblieben sind (E. d. O. G. H., Peitler Nr. 62, 85). Sind auf dem Wechsel auf den Zahlungsort lautende Nothadressen (Art. 56 W. O.) angegeben, so muss außer dem Proteste gegen den Acceptanten auch der Protest gegen den oder die Nothadressaten in Urschrift vorgelegt werden.

Die Art der Sicherstellung kann nach Art. 25 durch baren Erlag bei Gericht verlangt werden. Betreffs Ausfertigung des Sicherstellungsauftrages gelten die Bemerkungen bei § 557, Anm. 5.

§ 559. Wenn in der Klage der Antrag auf Erlassung eines Zahlungs- oder Sicherstellungsauftrages gestellt wird, haben

Digitized by Google

auf das weitere Verfahren die Bestimmungen des ersten Abschnittes (§§ 550 bis 554) entsprechend Anwendung zu finden.

Im Wechselverfahren haben nur die Bestimmungen über das Verfahren vor Gerichtshöfen Anwendung zu finden.

Das Verfahren über eine Wechselklage, wenn dem in derselben gestellten Antrage auf Erlassung des Zahlungs- oder Sicherstellungsauftrages nicht stattgegeben werden kann, richtet sich nach § 554.

Ueber die Instruierung der Klage gegen mehrere Beklagte gelten die Vorschriften des § 551. Verspätete Einwendungen sind nach § 552 von amtswegen zurückzuweisen, über rechtzeitig angebrachte Einwendungen ist unter Abstandnahme von der Anordnung einer „ersten Tagsatzung“, die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung auf thunlichst kurze Zeit anzuberaumen (§ 552). In dem das Verfahren erledigenden Urtheile oder Beschlusse ist auszusprechen, ob der erlassene Zahlungs- oder Sicherstellungsauftrag aufrecht erhalten bleibe, oder ob und inwiefern derselbe aufgehoben werde (§ 553).

Ist die Wechselklage nicht auf Erlassung des Zahlungs- oder Sicherstellungsauftrages gestellt, so darf derselbe nicht erlassen werden, sondern es ist nach den allgemeinen Bestimmungen für das Gerichtshofverfahren mit der Anordnung der ersten Tagsatzung vorzugehen. In diesem Falle genügen Abschriften der Beilagen. Das Gericht hat aber neben den allgemeinen Voraussetzungen für die Einleitung des Streitverfahrens auch zu prüfen, ob die besonderen Voraussetzungen für die Einleitung des wechselrechtlichen Verfahrens vorliegen, ob auf Grund eines Wechsels (§ 557, Anm. 1) und zur Geltendmachung wechselmäßiger Ansprüche (§ 555, Anm. 1) geklagt werde, ob sohin die Competenz begründet sei.

Dritter Abschnitt: **Verfahren bei Streitigkeiten aus dem Bestandvertrage.**

Aufkündigung.

§ 560. Insofern die Aufkündigung eines Bestandvertrages über Grundstücke, Gebäude und andere unbewegliche oder gesetzlich für unbeweglich erklärte Sachen, über Schiffmühlen und auf Schiffen errichtete andere Bauwerke nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes nothwendig ist, um der stillschweigenden Erneuerung des Bestandvertrages vorzubeugen oder dessen Auflösung zu bewirken, darf sie:

Digitized by Google

1. im Falle eines besonderen Uebereinkommens der Parteien über die Frist zur Aufkündigung und Zurückstellung des Bestandgegenstandes in der Regel nur in dieser Frist erfolgen.

2. Wenn es an einem solchen Uebereinkommen fehlt, muss dort, wo durch darüber erlassene Vorschriften oder mangels solcher Vorschriften durch besondere Ortsgewohnheit für die Räumung von Bestandgegenständen gewisse Tage des Jahres mit bestimmten Aufkündigungsfristen festgesetzt sind, die Aufkündigung vor Ablauf der dafür festgesetzten Zeit erfolgen.

3. In allen anderen Fällen müssen Pachtungen wenigstens sechs Monate, Jahresmieten oder solche Mieten, deren vertragsmäßige Dauer ein Jahr übersteigt, wenigstens drei Monate, Mieten, deren vertragsmäßige Dauer zwar länger als ein Monat ist, jedoch ein Jahr nicht erreicht, wenigstens vierzehn Tage, alle anderen Mieten endlich wenigstens acht Tage früher aufgekündigt werden, als der Bestandgegenstand zurückgegeben oder zurückgenommen werden soll.

1. Nach § 49 J. N. gehören Streitigkeiten über die Aufkündigung, Uebergabe oder Uebernahme gepachteter oder gemieteter oder nach § 1103 a. b. G. B. zum Gebrauche überlassener Sachen zur Competenz der Bezirksgerichte, alle anderen Streitigkeiten aus Bestandverträgen, sowie aus dem im § 1103 a. b. G. B. bezeichneten Vertrage nur dann, sofern dieselben weder das Bestehen eines solchen Vertrages, noch die Bezahlung des Zinses betreffen. Streitigkeiten der letzteren Art gehören also, je nach dem Werte des Streitgegenstandes, entweder vor den Gerichtshof oder vor das Bezirksgericht, in dessen Sprengel der Bestandgegenstand liegt (§ 83 J. N.). Die Bestimmungen über das besondere Verfahren bei Streitigkeiten aus dem Bestandvertrage — mit Ausnahme der Vorschriften der §§ 568, 573 — beziehen sich jedoch ausschließlich auf Aufkündigungen und auf den Auftrag zur Uebergabe und Uebernahme von Bestandgegenständen oder von im Sinne des § 1103 a. b. G. B. zum Gebrauche überlassenen Sachen. In allen anderen Bestandstreitigkeiten, einschließlich der nach § 567 für zulässig erklärten Klage auf Uebergabe oder Uebernahme des Bestandgegenstandes, gelten die allgemeinen Vorschriften. Damit ist nicht gesagt, dass das Bezirksgericht in Ausziehstreitigkeiten zur Lösung der principiellen Vorfrage über den Bestand des Vertrages zufolge der §§ 236, 259 dann nicht competent sei, wenn der Wert des Bestandvertrages mehr als 500 fl. betrage (Kornfeld, Juristische Blätter 1897, Nr. 8), dass das Bezirksgericht über derartige Einwendungen sohin das Verfahren unter-

Digitized by Google

brechen und die Entscheidung des Präjudicialprocesses beim Gerichtshofe abwarten müsse.

Hier, wie in allen anderen Fällen, wo eine Ausnahme gesetzlich nicht besonders statuiert ist, muss das Gericht über jede Vorfrage entscheiden, wenn es auch nicht competent wäre, über dieselbe abzusprechen, sobald dieselbe als Hauptgegenstand seiner Judicatur unterzogen werden wollte (Dr. Neumann, Ettenreich, Jur. Bl. 1897, Nr. 9). Um über die Aufkündigung zu entscheiden, muss daher das Bezirksgericht über Einwendung des Beklagten die Vorfrage über den Bestand des Vertrages und dessen Bedingungen lösen, ohne einen Feststellungsantrag, zu dessen Entscheidung es nicht zuständig wäre, zuzulassen. Doch wird diese nur in den Gründen enthaltene Entscheidung nicht materiell rechtskräftig (§ 411) und die Parteien können einen besonderen Process über die Existenz des Bestandvertrages anhängig machen, ohne dass die Einrede der Rechtskraft einen Erfolg haben könnte. Aufkündigungen von Richtern und gegen Richter (§ 79 J. N.) sind bei dem zuständigen Gerichtshofe einzubringen und das Verfahren über Einwendungen richtet sich nach den für das Verfahren vor Gerichtshöfen erster Instanz geltenden Bestimmungen (Art. XIV, E. G. z. J. N.).

2. Anwendbar ist das Verfahren nur für Bestandverhältnisse und für den Fall der Ueberlassung der Nutzungen einer Wirtschaft gegen Abführung eines Theiles der Früchte (§ 576), ohne dass der Uebernehmer ein emphyteutisches oder Bodenzinsrecht erhält.

Unanwendbar sind die Bestimmungen über das Bestandverfahren auf das Colonen- und Contadinenverhältnis in Dalmatien (Art. X, E. G.). Wohnungsrechte können nicht gekündigt werden, das Bestandverfahren ist auf dieselben unanwendbar (E. d. O. G. H., Nr. 14334).

3. Die Aufzählung der Bestandobjecte ist taxativ. Bei Bestandverträgen über bewegliche Sachen ist das Verfahren in Bestandstreitigkeiten unanwendbar (E. d. O. G. H., Nr. 11788).

Die Pachtung ärarischer Mauten kann nicht im Bestandverfahren gekündigt werden. Dagegen wurde das Bestandverfahren für zulässig erklärt bei Kündigung von Mietverträgen über Praterhütten (E. d. O. G. H., Nr. 10725, 10726), bei dem Abonnement einer Theaterloge (E. d. O. G. H., Nr. 10276).

4. Die Nothwendigkeit der Aufkündigung ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Insofern die Dauer eines Bestandvertrages weder ausdrücklich, noch stillschweigend,

Digitized by Google

noch durch besondere Vorschriften bestimmt ist, muss der Vertrag gekündigt werden (§ 1116 a. b. G.-B.).

Ist in dem Vertrage eine vorläufige Aufkündigung bedungen worden, so wird der Vertrag durch die Unterlassung der gehörigen Aufkündigung stillschweigend erneuert (§ 1114 a. b. G.-B.). Das dem Bestandnehmer nach § 1117 a. b. G.-B., dem Bestandgeber nach § 1118 a. b. G.-B. zustehende Recht, die frühere Aufhebung des Vertrages zu verlangen (E. d. O. G. H., Nr. 8193), sowie ein solches vertragsmäßig vorbehaltenes Recht (E. d. O. G. H., Nr. 5858) kann auch mittels einer einfachen Aufkündigung ausgeübt werden. Die Geltendmachung der nach § 1120, 1121 a. b. G.-B. im Falle der Veräußerung des Bestandstückes dem neuen Erwerber und dem Bestandnehmer zustehenden Rechte auf vorzeitige Aufhebung des Bestandverfahrens ist nur im Wege der ordnungsmäßigen Kündigung zulässig (E. d. O. G. H., Nr. 12887).

Wird das Bestandverhältnis zwischen dem neuen Besitzer und dem Mieter thatsächlich fortgesetzt, ohne dass eine Kündigung oder eine neue Vereinbarung erfolgt wäre, so gilt die mit dem Vorbesitzer vereinbarte Kündigungsfrist auch dem neuen Besitzer gegenüber (E. d. O. G. H. XV, Nr. 134 C. Bl.).

5. Die Kündigungsfrist richtet sich zunächst nach der darüber zwischen den beiden Parteien getroffenen Vereinbarung, welcher selbst Ortsgewohnheiten und örtliche Verordnungen weichen. Die Kündigung ist nicht an gewisse Termine (Zinszahlung) gebunden, sondern kann jederzeit erfolgen (E. d. O. G. H., Nr. 11010).

Die Vereinbarung eines Jahreszinses, die Verabredung vierteljähriger Zahlung des Zinses, Abmachungen über die Dauer des Mietvertrages sind keine Vereinbarung über die Kündigungsfrist und kommen erst in Frage, wenn auf Grund der §§ 1117, 1118, 1120, 1121 a. b. G.-B. die vorzeitige Auflösung des Bestandvertrages in Frage kommt. Im Falle der Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Mieters oder Pächters können beide Theile den Vertrag, auch wenn derselbe für eine längere Zeitdauer verbindlich wäre, innerhalb der gewöhnlichen, durch Gesetz oder Ortsgebrauch bestimmten Fristen kündigen (§ 23 C. O.). Solche Mietverträge von unbestimmter Dauer können, wenn der Ortsgebrauch nicht entgegensteht, selbst bei vereinbarter vierteljähriger Kündigung vom Masseverwalter (oder Bestandgeber) vierzehntägig gekündigt werden (E. d. O. G. H., Nr. 10335).

Unter „gehöriger“ Kündigung des § 1120 a. b. G.-B. ist nicht die vertragsmäßige sondern die gesetzliche Kündigungs-

Digitized by Google

frist zu verstehen (E. d. O. G. H., Nr. 11478), bei einem Mietvertrage von mehrjähriger Dauer ist daher eine dreimonatliche Kündigung erforderlich (E. d. O. G. H., Nr. 7946, 8709, 9648).

6. Mangels einer besonderen Vereinbarung der Parteien gelten die durch Ortsgewohnheit oder besondere Vorschriften festgesetzten Ausziehzeiten.

Die bestehenden Vorschriften (abgedruckt in der Manzschen Sammlung, 2. Band, bei § 1116 a. b. G.-B.) bleiben nach Art. XI, E. G. unberührt. Wo es an derlei Festsetzungen fehlt oder eine diesfalls bereits bestehende Regelung geändert werden soll, kann die politische Landesstelle im Einvernehmen mit dem Oberlandesgerichte die bei Aufkündigung und Rückstellung der bezeichneten Bestandgegenstände zu beachtenden Termine und Fristen festsetzen, welche Anordnungen durch das Landesgesetzblatt und die amtliche Landeszeitung kundzumachen sind.

Die Aufkündigung hat vor Ablauf der dafür festgesetzten Zeit zu erfolgen, wozu die Zustellung vor Ablauf der Kündigungsfrist gehört. Erfolgt jedoch die Zustellung erst nach Ablauf der Kündigungsfrist, so ist die Aufkündigung wirksam, wenn keine Einwendungen angebracht werden (§ 564).

7. In Ermangelung besonderer Vorschriften, Ortsgewohnheiten oder Vereinbarungen bestimmt sich die Kündigungsfrist nach der Natur oder Dauer des Bestandvertrages.

Pachtungen (§ 1091 a. b. G.-B.) müssen wenigstens 6 Monate vorher gekündigt werden. Die Bestandnehmung von Stadthäusern ist in der Regel immer ein Miet- und kein Pachtvertrag.

Die Herrichtung der Localitäten zur Ausübung eines Gewerbes (Schankgewerbes) kann im Sinne des (§ 1091 a. b. G.-B. den Mietvertrag nicht in Pacht umwandeln (E. d. O. G. H., Nr. 5502). Der Vertrag über Fabrikslocalitäten unter Benützung der Dampfkraft zum Betriebe der in denselben aufzustellenden Maschinen ist aber ein Pachtvertrag (E. d. O. G. H., Nr. 13822).

Die gesetzliche Kündigungsfrist für die Miete einer unbeweglichen Sache beträgt in der Regel drei Monate. Derjenige, welcher das Recht einer kürzeren Kündigungsfrist beansprucht, hat die thatsächlichen Voraussetzungen dieses Anspruches anzuführen und darzuthun (E. d. O. G. H., Nr. 12930). Ist die Dauer der Miete weder ausdrücklich noch stillschweigend bestimmt, so gilt — abgesehen von Ortsgewohnheiten — eine achttägige Kündigungsfrist. Die Vereinbarung eines

Digitized by Google

Jahreszinses entscheidet nicht, ebensowenig die Verabredung vierteljähriger Zinszahlung (E. d. O. G. H., Nr. 8520).

Der Kündigungstermin ist unabhängig vom Zinszahlungstermine (E. d. O. G. H., Nr. 10806). Aus der Vorauszahlung des Zinses folgt nur, dass der Mieter vor Ablauf der Zeit, für welche er den Zins gezahlt hat, zur Räumung der Wohnung nicht angehalten werden kann, nicht aber, dass der Vermieter vor Ablauf dieser Zeit für einen späteren Zeitpunkt nicht kündigen darf (E. d. O. G. H., Nr. 9044, 9196). Die Fristen des § 560 können nicht verlängert werden (§ 570).

§ 561. *Bestandverträge können sowohl vom Bestandgeber, als vom Bestandnehmer gerichtlich oder außergerichtlich aufgekündigt werden.*

Die von einer Partei wirksam vorgenommene Aufkündigung kann gegen dieselbe von der anderen Partei in Vollzug gesetzt werden.

Die etwa erforderliche Kündigung muss in der gesetzlich vorgeschriebenen Form der gerichtlichen oder außergerichtlichen Aufkündigung zum Ausdruck gebracht werden. Die Partei, von welcher die Kündigung ausgegangen ist, ist als Kläger anzusehen (§ 571). Wenn auch beiden Vertragstheilen das Kündigungsrecht zusteht, so kann doch dieses Recht gesetzlich oder vertragsmäßig für jede der Parteien von anderen Bedingungen abhängig sein.

Die Ansicht, dass im Falle der §§ 1120, 1121 a. b. G.-B. die Kündigung nur vom Erwerber der Bestandsache ausgehen könne (Ullmann, S. 424), wird nicht getheilt von der E. d. O. G. H., Nr. 12885, weil die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem zwischen dem Vorbesitzer und dem Bestandnehmer abgeschlossenen Vertrage als einem obligatorischen Verhältnisse nur zwischen diesen Personen begründet werden und der § 1120 a. b. G.-B. der Rechte des Bestandnehmers nicht besonders erwähnt, weil sich dieselben von selbst verstehen. Der Zwangsverwalter (§ 111 E. O.), der Masseverwalter (§ 23 C. O.) sind zur Kündigung berechtigt. Die unbestrittene Aufkündigung ist, gleich dem infolge von Einwendungen gegen dieselbe ergangenen Urtheile, für und gegen den Aufkündigenden wirksam. Sie verlieren jedoch ihre Wirksamkeit für beide Theile, wenn nicht binnen 14 Tagen nach dem Eintritte der für die Räumung oder Uebergabe bestimmten Zeit Execution beantragt wird (§ 575).

§ 562. *Die gerichtliche Aufkündigung kann mittels Schriftsatz oder mündlich angebracht werden. Der Schriftsatz oder das über die Aufkündigung aufgenommene Protokoll hat insbe-*

Digitized by Google

sondere die Bezeichnung des Bestandgegenstandes, die Angabe des Zeitpunktes, in welchem der Bestandvertrag endigen soll, und endlich den Antrag zu enthalten, dem Gegner aufzutragen, entweder den Bestandgegenstand zur bestimmten Zeit bei sonstiger Execution zu übergeben oder zu übernehmen, oder gegen die Aufkündigung seine Einwendungen bei Gericht anzubringen. Zur Anbringung der Einwendungen ist, falls die Aufkündigungsfrist wenigstens vierzehn Tage beträgt, eine Frist von acht Tagen, sonst eine Frist von drei Tagen zu bestimmen.

Wohnt der Aufkündigende weder am Orte noch im Sprengel des zuständigen Bezirksgerichtes, so hat er einen daselbst wohnenden Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen und dessen Namen und Wohnort bei der Aufkündigung anzugeben.

Aufkündigungen, welche diesen Vorschriften nicht entsprechen oder bei einem unzuständigen Gerichte angebracht werden, sind, falls nicht der vorhandene Mangel gemäß § 84 behoben werden kann, von amtswegen durch Beschluss zurückzuweisen.

1. Der die Kündigung enthaltende Schriftsatz (§ 74) oder das denselben ersetzende Protokoll (§ 79) haben den für Schriftsätze geltenden Bestimmungen (§ 75) zu entsprechen.

Obwohl sie im Falle erhobener Einwendungen als Klage (§ 571) anzusehen sind, bedürfen sie doch nicht des Inhaltes (§ 226) einer solchen. Der formelle Unterschied zwischen einer Aufkündigung und einer Klage soll bei der mündlichen Verhandlung behoben werden (Regierungsmotive, S. 322).

Die aufkündigende Partei hat in dem Kündigungsgesuche einen Zustellungsbevollmächtigten (§ 94) zu bestellen, wenn sie nicht im Sprengel des zuständigen Bezirksgerichtes wohnt. Die Nichtbefolgung dieser Vorschrift hat die Zurückstellung der Kündigung zur Verbesserung (§ 84) zur Folge. Desgleichen sind anderweitige Mängel der Aufkündigung, insbesondere ein Mangel in der Bezeichnung des Bestandgegenstandes, in der Angabe des Zeitpunktes, in welchem der Bestandvertrag endigen soll, im Sinne der §§ 84, 85 zu beheben, jedoch nur dann, wenn die Verbesserung noch vor Ablauf der im § 560, Z. 1, 2, bestimmten Fristen möglich ist, denn die Anordnung einer Frist im Sinne des § 85 zur Wiederanbringung der verbesserten Kündigung erscheint mit Rücksicht auf die Bestimmungen des § 563 unzulässig. Außerdem hat der Richter den Parteien, welche nicht durch Advocaten vertreten sind, im Sinne der §§ 432, 435 die erforderlichen Anleitungen zu geben.

Digitized by Google

Die Gerichtskanzlei kann ermächtigt werden, mündlich angebrachte gerichtliche Aufkündigungen zu Protokoll zu nehmen; die Protokollierung kann durch Eintragung in ein über Kündigungen zu führendes Register ersetzt werden (§ 59, Ger.-Verf.-Ges.). Die Beurkundung geschieht außerhalb der Landeshauptstädte lediglich durch die Eintragung in das Kündigungsregister (§ 319 Gesch. O.).

2. Die Fristen zur Anbringung der Einwendungen sind Nothfristen (§ 570). Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Anbringung der Einwendungen ist nicht zulässig (§ 571). Die zur Zeit des Beginnes der Wirksamkeit der Civilprocessordnung bereits im Laufe befindlichen Fristen für Einwendungen in Bestandsachen bleiben unberührt (Art. LII E. G.).

§ 563. Damit eine gerichtliche Aufkündigung für den nächstfolgenden Termin wirksam sei, muss sie vor Ablauf der im § 560, Z. 1 und 2, bestimmten Fristen bei Gericht angebracht und zugestellt sein. Aufkündigungen, welche erst nach Ablauf dieser Fristen angebracht werden, sind von amtswegen durch Beschluss zurückzuweisen.

Vor Beginn der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Aufkündigungsfrist angebrachte Aufkündigungen dürfen aus diesem Grunde allein nicht zurückgewiesen werden.

Damit die Aufkündigung vor Ablauf der Kündigungsfrist dem Gegner zugestellt werden könne, muss sie rechtzeitig angebracht werden.

Die erst zum Schlusse dieser Zeit angebrachte Aufkündigung ist nicht von amtswegen zurückzuweisen, sondern dem Gegner thunlichst bald zuzustellen; diesem ist vorbehalten, die Verspätung in den Einwendungen zu rügen (Ullmann, S. 426).

Die Aufkündigung ist von amtswegen zurückzuweisen:

a) wenn das Gericht unzuständig ist;
b) wenn der Schriftsatz die im § 562 vorgeschriebenen Angaben nicht enthält und die Behebung des Mangels vergebens versucht wurde oder überhaupt oder in offener Kündigungsfrist unmöglich erscheint;
c) wenn die Aufkündigung nach Ablauf der Kündigungsfrist angebracht wird.

Gegen die Zurückweisung der Aufkündigung ist der Recurs zulässig.

§ 564. Der über die Aufkündigung vom Gerichte an den Gegner der aufkündigenden Partei gemäß § 562 erlassene Auf-

Digitized by Google

trag ist dem Gegner unter Mittheilung eines Exemplares des Schriftsatzes oder einer Protokollsabschrift nach den für die Zustellung von Klagen maßgebenden Vorschriften unverzüglich zuzustellen.

Erfolgt dennoch die Zustellung in den Fällen des § 560, Z. 1 und 2, erst nach Ablauf der daselbst bestimmten Kündigungsfristen, so ist die Aufkündigung dennoch wirksam, wenn gegen den gerichtlichen Auftrag binnen der dazu anberaumten Frist Einwendungen nicht angebracht werden.

Der Kündigungsauftrag hat die Frist zur Uebergabe oder Uebernahme des Bestandgegenstandes bei sonstiger Execution und die Frist zur Anbringung der Einwendungen zu enthalten. Ein Kostenzuspruch findet nicht statt. Die Entwerfung der Beschlussausfertigung kann der Gerichtskanzlei aufgetragen und die Zurückbehaltung einer Urschrift oder Abschrift durch einen kurzen Bewilligungsvermerk auf der Eingabe oder dem Protokolle ersetzt werden (§ 56, Ger.-Verf.-Ges.). Die Mittheilung eines Exemplares des Schriftsatzes oder Protokolles entfällt bei mündlich angebrachten, lediglich im Kündigungsregister beurkundeten Kündigungen (§ 319, Gesch.-O.), über welche die Gerichtskanzlei den Kündigungsauftrag zu entwerfen hat. Die Erledigung wird vom Richter im Kündigungsregister durch seine Unterschrift bestätigt (§ 230, Gesch.-O.).

Die Zustellung an den Gekündigten hat nach Vorschrift der §§ 106, 107 zu erfolgen. Ein Recurs gegen den Beschluss ist unzulässig (§ 575). Ein Curator ist zu bestellen, wenn der Avisat durch seine Abwesenheit von der Vertheidigung ausgeschlossen ist (E. d. O. G. H., Nr. 2018). Betreffs dessen Bestellung gelten die Vorschriften der §§ 116 ff.

Aussergerichtliche Aufkündigung.

§ 565. Die außergerichtliche Aufkündigung kann durch einen Notar oder in anderer Weise erfolgen.

Die dem Gegner der aufkündigenden Partei zum Zwecke der Aufkündigung zu machende Mittheilung hat stets auch die im § 562, Abs. 1 und 2, bezeichneten Angaben zu enthalten.

Damit eine solche außergerichtliche Aufkündigung die Wirkung einer gerichtlichen Aufkündigung erlangen könne, muss sie durch Urkunden bewiesen werden, welche in Betreff ihrer Beweiskraft zu einem Bedenken keinen Anlass geben, und es müssen überdies bei der Aufkündigung die in §§ 563 und 564 angegebenen Fristen beobachtet sein.

Der Zeitpunkt der Aufkündigung oder Zustellung der Aufkündigung muss gleichfalls durch Urkunden der in Abs. 3 bezeichneten Beschaffenheit bewiesen werden.

Digitized by Google

Die außergerichtliche Aufkündigung muss, wenn sie die gleichen Wirkungen wie die gerichtliche haben soll, den für diese im § 562 vorgeschriebenen Inhalt haben, also auch einen Zustellungsbevollmächtigten namhaft machen, wenn dies nach § 562 nothwendig erscheint. Um rechtswirksam zn werden, muss sie innerhalb der Kündigungsfrist zugestellt worden sein. Wenn sich der Aufzukündigende der Zustellung oder der Beurkundung derselben entzieht, ist die außergerichtliche Aufkündigung undurchführbar. Eine außergerichtliche Aufkündigung deren vorgeschriebener Inhalt nebst der rechtzeitigen Zustellung nicht durch öffentliche (§ 292) oder Privaturkunden (§ 294) von unbedenklicher äußerer Form (§ 296) bewiesen wird, verpflichtet den Avisaten nicht zur Einbringung von Einwendungen, ist nicht executionsfähig (§ 1, Z. 18 E. O.), kann jedoch im Wege der Klage durchgesetzt werden, wenn sie rechtmäßig und in der nach Absatz 2 vorgeschriebenen Form erfolgt ist.

Die beweiswirkende Form einer Beurkundung der Aufkündigung wird in der Regel die einer Notariatsbeurkundung, einer von dem Avisaten gefertigten Bestätigung oder eines amtlichen Protokolles sein. Schon heute steht das eigentliche Aufkündigungswesen in einzelnen größeren Städten mehr minder bloß in äußerlicher Beziehung zum Gerichte und es haben Gemeindeorgane an der Manipulation mit der Entgegennahme und Zustellung von Kündigungen einen großen Antheil (Regierungsmotive, S. 322).

§ 566. Derjenige, gegen welchen eine solche außergerichtliche Aufkündigung gerichtet ist, hat binnen acht, oder wenn die Aufkündigungsfrist weniger als vierzehn Tage beträgt, binnen drei Tagen (§ 562, Abs. 1) nach erfolgter oder empfangener Aufkündigung seine etwaigen Einwendungen dawider bei dem Gerichte, in dessen Bezirk der Bestandgegenstand liegt, schriftlich oder mündlich einzubringen, widrigens die Aufkündigung in Wirksamkeit treten würde.

An welchem Tage die Aufkündigung der Partei mitgetheilt wurde, welche Einwendungen erhebt, ist von der aufkündigenden Partei auf Verlangen des Gerichtes durch Vorlage der in § 565, Abs. 4, gedachten Urkunden zu beweisen.

Die Einwendungen gegen eine außergerichtliche Aufkündigung sind immer bei Gericht einzubringen. Außergerichtliche Einwendungen sind wirkungslos. Eine Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Frist ist unzulässig (§ 571), die Frist kann nicht verlängert werden (§ 570). Das Gericht, bei welchem diese Einwendungen eingebracht werden sollen, ist in der Regel das Bezirksgericht (§ 49) der belegenen Sache. Bei Aufkündigungen von

Digitized by Google

Richtern oder gegen Richter werden jedoch die Einwendungen bei dem nach § 79 J. N. zuständigen Gerichtshof einzubringen sein. Die Rechtzeitigkeit der Einwendungen hat der Aufkündigende und nicht die Partei, welche Einwendungen erhebt, nachzuweisen, was eigentlich schon in dem Grundsatze des § 571, Abs. 2, mitenthalten ist. Die Bestimmung ist übrigens, auch hievon abgesehen, nothwendig, weil die Partei, welcher aufgekündigt worden, sich einen schriftlichen Beweis über den Kündigungstag nicht zu verschaffen vermag und daher nur einen umständlichen Zeugenbeweis führen oder eidliche Vernehmung beantragen müsste.

Der vom Gegner leicht erbringbare Beweis durch Producierung der Urkunde verdient dem gegenüber offenbar den Vorzug (Regierungsmotive, S. 322). Nachdem verspätete Einwendungen von amtswegen zurückzuweisen sind (§ 571) wird das Gericht vor Anordnung der Tagsatzung von der beweispflichtigen Partei die Zustellungsurkunde abzuverlangen haben, falls nicht die Rechtzeitigkeit der Einwendungen aus der denselben beigeschlossenen Aufkündigung erhellt.

Auftrag zur Uebergabe oder Uebernahme des Bestandgegenstandes.

§ 567. Bei Bestandverträgen, welche ohne vorhergegangene Aufkündigung nach Ablauf einer bestimmten Zeit erlöschen, kann jede Partei noch vor Ablauf der Bestandzeit eine gerichtliche Verfügung beantragen, mittels welcher dem Gegner aufgetragen wird, den Bestandgegenstand zur bestimmten Zeit bei sonstiger Execution zu übergeben oder zu übernehmen, oder gegen diesen Auftrag binnen acht Tagen seine Einwendungen bei Gericht anzubringen.

Wenn das Bestandverhältnis für mehr als sechs Monate eingegangen ist, kann dieser Antrag nur in den letzten sechs Monaten gestellt werden.

Die Bestimmung des § 564, Abs. 1, ist auch auf die Zustellung solcher Aufträge anzuwenden.

Bedarf es zur Aufhebung des Bestandvertrages einer Aufkündigung, so kann der Anspruch auf Uebergabe oder Uebernahme des Bestandgegenstandes schon vor Ablauf der Kündigungsfrist mittels Klage geltend gemacht und auch die Kündigung mit der Klage verbunden werden.

Um sich die rechtzeitige Räumung und Uebergabe des Bestandobjectes bei Verträgen, welche nach Ablauf einer bestimmten Zeit von selbst erlöschen, zu sichern, kann sowohl der Bestandnehmer als auch der Bestandgeber vor Ablauf der Bestandzeit einen diesbezüglichen gerichtlichen Auftrag an

Digitized by Google

den Gegner erwirken. Im außergerichtlichen Wege ist ein solcher Auftrag unzulässig. Ist die Bestandzeit abgelaufen, so kann die Zurücknahme oder Räumung nur im Wege der Klage erwirkt werden (Ullmann, S. 429). Ein nach Ablauf der Bestandzeit eingebrachtes Gesuch ist zurückzuweisen (E. d. O. G. H., Nr. 8151).

Das Gesuch (§ 74) oder Protokoll (§ 79) sind bei Einbringung von Einwendungen als Klage anzusehen (§ 571), haben jedoch nur den allgemeinen Vorschriften (§ 75) über Schriftsätze zu entsprechen. Der formelle Unterschied zwischen einem solchen Ansuchen und einer Klage soll bei der mündlichen Verhandlung behoben werden (Regierungsmotive, S. 322).

Für dieselben gelten die Vorschriften der §§ 562, Abs. 1, 2, 564, Abs. 1. Gegen den gerichtlichen Auftrag ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen (§ 575). Die Fristen zur Einbringung der Einwendungen können nicht verlängert werden (§ 570) und eine Wiedereinsetzung gegen den Ablauf derselben ist unzulässig (§ 571). Um bei Bestandverträgen, die der Kündigung unterliegen, die Kündigungsfrist zur Austragung der zwischen den Contrahenten wegen der Räumung oder Rücknahme der Bestandsache etwa schwebenden Differenzen ausnützen zu können und dadurch die wirtschaftlich und juristisch gleich wünschenswerte anticipative Feststellung der Restitutionspflicht hier ebenso wie bei den auf bestimmte Zeit eingegangenen Bestandverhältnissen (Abs. 1) zuzulassen und zu befördern, wurde die Vorschrift des § 567 dahin ergänzt, dass schon vor Ablauf der Kündigungsfrist und eventuell gleichzeitig mit der Kündigung ein richterlicher Ausspruch über die Rückstellung und Räumung des Bestandgegenstandes erwirkt werden kann (Motive des Herrenhauses, S. 10). Es ist dies eine Abweichung von der Bestimmung des § 227, dass mehrere Ansprüche in einer Klage nur dann geltend gemacht werden können, wenn für dieselben die gleiche Art des Verfahrens zulässig ist; denn über Einwendungen gegen eine Kündigung ist nach den besonderen Vorschriften über das Verfahren in Bestandsachen, über die Klage nach den allgemeinen Vorschriften zu verhandeln. Deshalb wird aber auch nicht gemeinsam über die Klage und über die Einwendungen zu verhandeln sein.

Verhältnis zum Afterbestandnehmer.

§ 568. Alle gegen den Bestandnehmer erwirkten Aufkündigungen, Aufträge, Entscheidungen und Verfügungen, welche das Bestehen oder die Auflösung eines Bestandvertrages über einen der im § 560 bezeichneten Gegenstände betreffen, sind auch gegen den Afterbestandnehmer wirksam und vollstreckbar, sofern

Digitized by Google

nicht ein zwischen dem Afterbestandnehmer und dem Bestandgeber bestehendes Rechtsverhältnis entgegensteht.

Die materiellrechtliche Bestimmung des § 568 gilt nicht nur für Kündigungen, Räumungsaufträge und die über Einwendungen gefällten Urtheile, sondern auch für alle anderen das Bestehen oder die Auflösung des Bestandvertrages betreffenden Entscheidungen, nach Ullmann (S. 434) auch für Kündigungen des Bestandnehmers, sobald sie nach § 561 gegen ihn selbst exequiert werden. Der Bestandgeber kann nur dem Bestandnehmer, nicht aber dem Afterbestandnehmer den Vertrag kündigen (E. d. O. G. H., Nr. 12975), weil nur zwischen den beiden ersteren ein Bestandvertrag besteht. Deshalb braucht der Afterbestandnehmer nicht als Betheiligter (§ 80) behandelt und zu den Verhandlungen geladen zu werden.

Wenn aber zwischen dem Bestandgeber und dem Afterbestandnehmer ein besonderes Uebereinkommen besteht, welches ohne Aufhebung des Afterbestandvertrages Vertragsrechte unmittelbar zwischen dem Bestandgeber und dem Afterbestandnehmer begründet hat, dann ist der Afterbestandnehmer als Streitgenosse des Bestandnehmers zu behandeln (Ullmann, S. 434) Eine Kündigung oder ein Räumungsauftrag seitens des Bestandgebers gegen den Afterbestandnehmer allein ist unzulässig.

Stillschweigende Erneuerung des Bestandvertrages.

§ 569. Bestandverträge, welche durch den Ablauf der Zeit erlöschen, ohne dass es behufs Auflösung des Vertrages oder Verhinderung seiner stillschweigenden Erneuerung einer Aufkündigung bedarf, sind dadurch, dass der Bestandnehmer fortfährt, den Bestandgegenstand zu gebrauchen oder zu benützen, und der Bestandgeber es dabei bewenden lässt, nur dann als stillschweigend erneuert anzusehen, wenn binnen vierzehn Tagen nach Ablauf der Bestandzeit, oder bei Verträgen, welche ursprünglich auf kürzere Zeit als auf einen Monat geschlossen wurden, binnen einer der Hälfte der ursprünglich bedungenen Zeit gleichkommenden Frist nach Ablauf des Vertrages weder von dem Bestandgeber eine Klage auf Zurückstellung, noch von dem Bestandnehmer auf Zurücknahme des Bestandgegenstandes erhoben wird.

Hat es der Bestandnehmer oder Bestandgeber unterlassen, einen auf bestimmte Zeit (§ 1113 a. b. G. B.) abgeschlossenen, ohne Kündigung endigenden Bestandvertrag im Sinne des § 567 durch einen Auftrag zur Uebergabe oder Uebernahme vollstreckbar aufzulösen, so steht ihm lediglich das Klagerecht auf

Digitized by Google

Zurücknahme oder Zurückstellung des Bestandgegenstandes zu, welche Klage bei sonstiger stillschweigender Erneuerung in der unerstreckbaren Präclusivfrist des § 569 anzubringen ist. Das Verfahren über solche Klagen richtet sich jedoch nach den allgemeinen Vorschriften.

Fristen in Bestandsachen.

§ 570. Die in den §§ 560 bis 569 festgesetzten Fristen können nicht verlängert werden.

1. Die Fristen zur Erhebung der Klage nach § 569 sind keine Processfristen sondern Präclusivzeiträume für die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen (§ 123, Anm. 3). (Die Frist wurde irrthümlich auf Seite 203 unter den Nothfristen angeführt).

Die Bestimmungen über den Einfluss der Gerichtsferien auf den Lauf der Fristen (§ 225) können daher auf sie keine Anwendung finden. Dagegen gelten für diese Fristen die Vorschriften über die Berechnung der Fristen (§ 125), über die Einrechnung der Sonn- und Feiertage und über das Ende der Frist am nächsten Werktage, wenn der letzte Tag auf einen Sonn- oder Feiertag fällt (§ 126) und über die Nichteinrechnung der Tage des Postenlaufes (§ 89, Ges. v. 27. Nov. 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.). Eine Wiedereinsetzung gegen den Ablauf dieser Fristen erscheint unzulässig.

2. Die Fristen zur Einbringung der Einwendungen (§§ 562, 566, 567) sind Nothfristen (§ 128). Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung derselben ist ausgeschlossen (§ 571). Diese Fristen werden durch das Inkrafttreten der Civilprocessordnung in ihrem Laufe und in ihrer Dauer nicht berührt (Art. LII, E. G.). Wenn erst nach dem Inkrafttreten der Civilprocessordnung gegen die Aufkündigung oder gegen den Auftrag zur Uebergabe oder Uebernahme der Bestandsache rechtzeitig Einwendungen angebracht werden, oder wenn die Verhandlung über die früher rechtzeitig eingebrachten Einwendungen am Tage des Inkrafttretens der Civilprocessordnung noch nicht begonnen hat, so haben die Vorschriften der Civilprocessordnung zur Anwendung zu kommen (Art. XLVIII, E. G.).

Verfahren.

§ 571. Ueber rechtzeitig angebrachte Einwendungen ist eine Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung anzuordnen. Bei der Anberaumung der ersten und der etwa folgenden Tagsatzungen,

Digitized by Google

sowie bei der Bestimmung von Fristen ist auf die Dringlichkeit der Bestandsachen besonders Bedacht zu nehmen.

Die Partei, von welcher die Kündigung oder die Aufforderung zur Zurückstellung oder zur Zurücknahme des Bestandgegenstandes ausging, ist als Kläger anzusehen.

Verspätet angebrachte Einwendungen wider die Aufkündigung eines Bestandvertrages oder gegen den gerichtlichen Auftrag zur Uebergabe oder Uebernahme eines Bestandgegenstandes sind von amtswegen ohne Verhandlung zurückzuweisen.

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Anbringung von Einwendungen ist nicht zulässig.

1. Nur über rechtzeitig angebrachte Einwendungen ist die Tagsatzung anzuordnen.

Mündlich angebrachte Einwendungen können nicht durch Eintragung in das Register beurkundet werden, über solche Einwendungen ist ein besonderes Protokoll aufzunehmen (§ 130, Gesch.-O.).

Verspätet angebrachte Einwendungen sind von amtswegen zurückzuweisen. Die Tagsatzung wird gemäß § 436 auf den nämlichen Tag angeordnet werden können, an welchem die Einwendungen angebracht wurden. Der Aufkündigende wird als Kläger gemäß § 437 unter Zustellung einer Ausfertigung der Einwendungen oder einer Abschrift des Protokolles, der Gekündigte als Beklagter gemäß § 438 mittels Rubrik zu laden sein. Mietsachen sind Ferialsachen (§ 224). Die Bestimmungen über Sicherheitsleistung für die Processkosten sind nicht ausgeschlossen (§ 57).

Mit Ausnahme der im § 575 aufgezählten Abweichungen gelten die allgemeinen Vorschriften für das bezirksgerichtliche Verfahren. Es wird fortan genügen, wenn der Richter durch § 571, Abs. 1, auf die besondere Dringlichkeit der Bestandsachen aufmerksam gemacht wird; denn er hat sodann in den ihm zustehenden Processleitungsbefugnissen Mittel genug, um zu erzielen, wozu bisher allerdings eine positive Gesetzesbestimmung nothwendig war. Und auch die Parteien haben in dem Rechte, die Festsetzung von Fristen für Beweisaufnahmen zu begehren, ein Mittel, um zu bewirken, dass das Verfahren nicht allzusehr durch Beweisanbietungen in die Länge gezogen wird (Regierungsmotive, S. 322).

2. Wer Einwendungen erhebt, vertheidigt sich dadurch gegen einen vom Aufkündigenden u. s. w. erhobenen Anspruch. In dem dadurch entstehenden Rechtsstreite muss demnach letzterer als Kläger behandelt und dafür gesorgt werden, dass

Digitized by Google

der formelle Unterschied zwischen einer Aufkündigung und einer Klage bei der mündlichen Verhandlung behoben werde (Regierungsmotive, S. 322). Bei einer gerichtlichen Kündigung liegt diese vor und wird sohin gemäß der §§ 226, 435 zu ergänzen sein. Bei einer außergerichtlichen Aufkündigung, sowie wenn die Beurkung der Aufkündigung lediglich durch die Eintragung in das Kündigungsregister erfolgt ist, liegen nur die Einwendungen vor und es wird die Klage vollinhaltlich zu Protokoll zu bringen sein, wenn der Aufkündigende nicht vor der Tagsatzung die Klage schriftlich einbringt. In beiden Fällen wird die Rechtshängigkeit der Streitsache erst mit der Geltendmachung des Anspruches bei der mündlichen Verhandlung eintreten (§ 232).

Das Begehren wird auch die nach § 573 in die Entscheidung aufzunehmenden Räumungsfristen zu enthalten haben, damit dem Gekündigten Gelegenheit geboten werde, sich über die Gesetzmäßigkeit dieser Fristen zu äußern.

Der Beklagte wird berechtigt sein, bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung neue auf den Gegenstand derselben bezügliche Behauptungen und Beweise vorzubringen (§ 179).

Der Aufkündigende ist betreffs der für sein Begehren maßgebenden Thatsachen beweispflichtig, der Avisat kann durch seine Einwendungen diese Thatsachen beweisbedürftig machen, er kann aber Einreden, z. B. eine von dem Ortsgebrauche oder der örtlichen Verordnung abweichende Vereinbarung vorbringen, deren Beweis ihm obliegt. Beweispflichtig ist also nach der Sachlage bald der Kündigende (E. d. O. G. H., Nr. 6971), bald der Gekündigte (E. d. O. G. H., Nr. 3209, 3698).

§ 572. In dem das Verfahren über Einwendungen erledigenden Urtheile ist auszusprechen, ob und inwieweit die Aufkündigung oder der nach § 567 erlassene Auftrag als wirksam erkannt oder aufgehoben wird, sowie ob und wann der Beklagte verpflichtet ist, den Bestandgegenstand zu übergeben oder zu übernehmen.

Wird die Kündigung oder der Antrag nach § 567 infolge der Einwendungen zurückgenommen, so ist kein Urtheil zu fällen, sondern nach § 237 wie bei der Zurücknahme einer Klage vorzugehen; werden die Einwendungen zurückgenommen, so erwächst die Kündigung in Rechtskraft. In dem über die Einwendungen ergehenden Urtheile (§ 417) ist auch über die Processkosten zu entscheiden (§ 52). Wird der Rechtsstreit durch Beschluss (§ 261) erledigt, so wird auch dieser die Aufhebung der Aufkündigung oder des Auftrages nach

Digitized by Google

§ 467 zu enthalten haben. Die Fristen sind nach § 573 zu bestimmen.

§ 573. Wird der Beklagte schuldig erkannt, den Bestandgegenstand zu übergeben oder zu übernehmen, ist jedoch die Bestandzeit zur Zeit der Urtheilsfällung bereits verstrichen, so ist bei Mietverhältnissen in dem Urtheile auszusprechen, dass die Uebergabe oder Uebernahme sofort zu erfolgen habe; bei Pachtungen kann zu diesem Zwecke eine acht Tage nicht überschreitende Frist gegeben werden.

Ist die Bestandzeit noch nicht verstrichen, so ist die Zeit für die Uebergabe oder Uebernahme nach den hinsichtlich der Räumungsfristen bestehenden besonderen Vorschriften und mangels solcher in Gemäßheit der Ortsgewohnheiten zu bestimmen.

Soweit es auch an solchen Gewohnheiten fehlt, ist bei Mieten anzuordnen, dass mit der Räumung spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Mietzeit zu beginnen, dem Uebernehmer zur Mittagszeit dieses Tages ein zur Verwahrung eines Theiles seiner Fahrnisse geeigneter Platz zu überlassen sei, die Uebergabe des gänzlich geräumten Mietgegenstandes aber bis zum Mittage des letzten Tages der Mietzeit zu erfolgen habe. Bei Pachtungen von Gütern, auf welchen Gebäude stehen, ist anzuordnen, dass mit der Räumung spätestens am achten Tage vor Ablauf der Pachtzeit zu beginnen, dem Uebernehmer zur Mittagszeit dieses Tages ein angemessener Theil der Räumlichkeiten zur Verwahrung von Fahrnissen und zur Einleitung des Wirtschaftsbetriebes zu überlassen sei, und die Uebergabe des gänzlich geräumten Pachtgegenstandes bis zum Mittage des letzten Tages der Pachtzeit zu erfolgen habe. Bei Pachtungen anderer Art endlich ist anzuordnen, dass die Räumung und Uebergabe des Pachtgegenstandes bis zum Ablaufe der Pachtzeit vorzunehmen sei.

Der dritte oder achte Tag vor Ablauf der Bestandzeit ist so zu berechnen, dass zwischen dem Tage des Beginnes und dem Tage der Beendigung der Räumung volle zwei oder volle sieben Kalendertage liegen.

Die Bestimmungen der Absätze 2 bis 4 über die Räumung und Uebergabe des Bestandgegenstandes gelten auch dann, wenn gegen die gerichtliche oder außergerichtliche Aufkündigung oder gegen den Auftrag zur Uebergabe oder Uebernahme des Bestandgegenstandes nicht rechzeitig Einwendungen erhoben wurden.

Die Execution kann auf Grund rechtskräftig gewordener Urtheile, Aufkündigungen und gerichtlicher Aufträge zur Uebergabe oder Uebernahme des Bestandgegenstandes bewilligt werden, sobald die Frist verstrichen ist, innerhalb deren nach den voran-

Digitized by Google

gehenden Absätzen der Bestandgegenstand gänzlich geräumt zu übergeben war.

Die Räumungsfristen des § 573 gelten, wenn gegen den über die Aufkündigung oder den Antrag nach § 567 ergangenen Beschluss keine Einwendungen erhoben worden sind, ipso jure. Im Urtheile über Einwendungen oder über eine Klage (§ 574) sind sie als Leistungsfristen auszusprechen, wenn zur Zeit der Urtheilsfällung die Zeit zur Uebergabe oder Uebernahme des Bestandgegenstandes (Bestandzeit) nicht bereits abgelaufen ist. In diesem Falle kann bei Pachtungen eine acht Tage nicht überschreitende Räumungsfrist festgesetzt werden, wenn dies insbesondere bei größeren landwirtschaftlichen Objecten sowohl im Interesse des Pächters als auch des Verpächters gelegen ist (Motive des Ausschusses, S. 53). Ist die Paritionsfrist im Urtheile festzustellen, so gelten zunächst die besonderen Vorschriften (Art. XI, E.-G.), in Ermanglung derselben die Ortsgewohnheiten und erst in dritter Reihe die gesetzlichen Bestimmungen, welche zwischen Pachtungen von Grundstücken ohne Gebäuden, zwischen Pachtungen mit Gebäuden und zwischen Mieten unterscheiden. Die Beurtheilung, ob ein geeigneter Platz, ein angemessener Theil der Räumlichkeiten eingeräumt sei, ist in jedem einzelnen Falle nach der Sachlage zu beurtheilen; die Execution kann aber erst am Nachmittage des letzten Tages der Räumungsfrist, bei Pachtungen von Grundstücken erst nach Ablauf des letzten Tages der Pachtzeit bewilligt werden. Wird nicht innerhalb 14 Tagen nach dem Eintritte der Executionsfähigkeit die Execution angesucht, so ist die Executionskraft erloschen (§ 575).

Zur Zahlung der Processkosten ist nach § 409 eine vierzehntägige Frist zu bestimmen.

§ 574. Die Bestimmungen des § 573 sind auch dann anzuwenden, wenn ein Bestandvertrag ohne vorausgegangene gerichtliche oder außergerichtliche Aufkündigung infolge einer Klage durch Urtheil für aufgehoben oder erloschen erklärt wird.

§ 575. In dem in diesem Abschnitte geregelten Verfahren beträgt die Frist zur Stellung des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, dann zur Erhebung der Berufung oder Revision sowie zur Einlegung des Recurses acht Tage. Diese Fristen können nicht verlängert werden.

Gegen die gerichtlichen Aufträge zur Uebergabe oder Uebernahme des Bestandgegenstandes, die auf Grund von Aufkündigungen oder infolge eines gemäß § 567 gestellten Ansuchens ergehen, ist vorbehaltlich der dagegen zu erhebenden Einwendungen ein Rechtsmittel nicht zulässig.

Digitized by Google

Eine gerichtliche oder außergerichtliche Kündigung oder ein Auftrag zur Uebergabe oder Uebernahme des Bestandgegenstandes, wider welche nicht rechtzeitig Einwendungen erhoben wurden, desgleichen die über solche Einwendungen ergangenen rechtskräftigen Urtheile treten, vorbehaltlich des über den Kostenersatz ergangenen Ausspruches, außer Kraft, wenn nicht binnen vierzehn Tagen nach dem Eintritte der in diesen Aufträgen oder im Urtheile für die Räumung oder Uebernahme des Bestandgegenstandes bestimmten Zeit wegen dieser Räumung oder Uebernahme Execution beantragt wird.

1. Die kürzeren Fristen des § 575 treten nur im Verfahren über Einwendungen ein, denn nur dieses Verfahren ist in dem vorstehenden Abschnitte geregelt. Die Nothfristen (§ 128) zum Antrage auf Wiedereinsetzung (§ 146), zur Erhebung der Berufung (§ 464), der Revision (§ 505) und des Recurses (§ 521) betragen 8 Tage, für die Berufungs- und Revisionsbeantwortung dagegen 14 Tage.

2. Um eine in der Rechtssprechung bisher zu keinem befriedigenden Abschlusse gediehene Controverse zu beseitigen, wurde im § 575, Abs. 3, die Frage entschieden, wie lange die Vollstreckbarkeit gerichtlicher Aufkündigungen oder Räumungsaufträge und der bezüglichen Urtheile dauere. Diese Vorschrift kann gewissermaßen als eine Ergänzug der Norm des § 569 aufgefasst werden; hier wirkt der Ablauf von 14 Tagen als stillschweigende Erneuerung des Bestandvertrages (Regierungsmotive, S. 322).

Verträge gegen Entrichtung eines Zinses in Früchten.

§ 576. Die Bestimmungen dieses Abschnittes finden auch auf die im § 1103 a. b. G. B. bezeichneten Verträge Anwendung. Solche Verträge sind im Sinne dieses Gesetzes als Pachtverträge anzusehen.

Die im § 1103 a. b. G. B. bezeichneten Verträge, mit denen der Eigenthümer sein Gut mit der Bedingung überlässt, dass der Uebernehmer die Wirtschaft betreiben und dem Uebergeber einen auf die ganze Nutzung sich beziehenden Theil der Früchte geben solle, sind Gesellschaftsverträge.

Nur betreffs der Kündigung und Räumung und des diesbezüglichen Verfahrens gelten sie als Pachtverträge. Auf die Contadinen- und Colonenverhältnisse in Dalmatien erstreckt sich die Vorschrift nicht (Art. X E. G.).

Digitized by Google

Vierter Abschnitt: **Schiedsrichterliches Verfahren.**

Schiedsvertrag.

§ 577. Die Vereinbarung, dass die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedrichter erfolgen solle (Schiedsvertrag), hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien über den Gegenstand des Streites einen Vergleich abzuschließen fähig sind.

In einem Schiedsvertrage kann auch wirksam vereinbart werden, dass aus einem bestimmten Rechtsverhältnisse künftig entstehende Streitigkeiten durch einen oder mehrere Schiedsrichter entschieden werden sollen.

Der Schiedsvertrag muss schriftlich errichtet werden.

1. Neben dem auf Vereinbarung beruhenden Schiedsgerichten sollen gemäß § 599 die durch letztwillige Anordnungen, andere Verfügungen und Statuten angeordneten Schiedsgerichte sinngemäß nach den Vorschriften dieses Abschnittes behandelt werden. Alle Fälle der Einsetzung eines Schiedsgerichtes durch Privatautonomie (Art. XII, Z. 6, E. G.) gehören hierher, während die auf öffentlicher Anordnung (Art. XII, Z. 1—5 E. G.) beruhenden Schiedsgerichte nach den besonderen gesetzlichen Bestimmungen geregelt werden. Das Verfahren vor Schiedsrichtern ist kein Process, die Schiedsrichter haben keine Gerichtsbarkeit. Durch die Anhängigmachung des Rechtsstreites bei dem Schiedsgerichte wird Streitanhängigkeit im Sinne des § 233 nicht begründet, doch kann ein Schiedsvertrag im Falle einer Klage vor dem ordentlichen Richter für den Beklagten die Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes begründen (E. d. O. G. H., Nr. 26 J. B.).

2. Ein Schiedsvertrag ist die Vereinbarung, dass die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch Schiedsrichter erfolgen solle. Letzteres ist nicht der Fall, wenn die Entscheidung des Rechtsstreites nicht in seiner Totalität, sondern wenn nur die Entscheidung über ein einzelnes Element des Rechtsstreites, z. B. über die Höhe der Entschädigungssumme, dem Spruche der Schiedsrichter unterworfen werden soll. Es ist nicht möglich, über die Höhe eines Anspruches zu entscheiden, solange es ungewiss ist, ob der Anspruch seinem Grunde nach berechtigt ist. Nur in dem Falle, wo der Streit der Parteien auf die einzige streitige Frage nach der Höhe der zu leistenden Entschädigung sich beschränkt, kann man sagen: der Rechtsstreit werde durch diese Frage gebildet und ihre Entscheidung durch Schiedsrichter sei die Entscheidung eines „Rechtsstreites“ (O. L. G. Hamburg, Fuchsberger, S. 1151).

Digitized by Google

Zu unterscheiden von den Schiedsrichtern sind daher die Schätzungsmänner, deren Aufgabe nicht in der Entscheidung eines Rechtsstreites, sondern einer Thatfrage besteht. Auch Schiedsgerichte zur Entscheidung von Streitigkeiten des öffentlichen oder Verwaltungsrechtes fallen nicht unter die Bestimmungen der Civilprocessordnung.

3. Die rechtliche Wirkung des Schiedsvertrages besteht in dem Rechte der Incompetenzeinwendung (Anm. 1), in dem Rechte jeder Partei auf Herbeiführung des Schiedsspruches und in der Pflicht der Parteien, den Ausspruch des Schiedsgerichtes als maßgebende Entscheidung anzuerkennen. Voraussetzung der Zulässigkeit eines Schiedsvertrages ist die Fähigkeit der Parteien zum Abschlusse eines Vergleiches überhaupt und über den Gegenstand des Streites insbesondere.

Wann die Partei zum Abschlusse eines Vergleiches berechtigt ist, muss nach dem bürgerlichen Rechte beurtheilt werden.

Unter Partei ist hier auch deren Bevollmächtigter (§ 39) und gesetzlicher Vertreter (§ 5) zu verstehen. Ueber die Berechtigung dieser zum Abschlusse von Vergleichen ist Anm. 3 zu § 204 zu vergleichen.

Objectiv sind von einem Schiedsvertrage alle Fragen ausgeschlossen, welche nach dem bürgerlichen Rechte nicht Gegenstand eines Vergleiches sein können, z. B. die Giltigkeit einer Ehe (§ 1382 a. b. G. B.), Statusfragen, Ehescheidung und dergleichen.

4. Bei künftig entstehenden Streitigkeiten sind Schiedsverträge giltig, sofern nur die Bezeichnung eines bestimmten Rechtsverhältnisses vorliegt, aus welchem die Streitigkeiten hervorgehen können. Hierher gehören die Schiedsverträge in Gesellschaftsstatuten, Versicherungsverträgen, Schlussbriefen und sonstigen Verträgen. Zu den Streitigkeiten aus Verträgen gehört auch die Aufhebung der Vertrages wegen Vertragsverletzung, die Frage über das giltige Zustandekommen des Vertrages nur dann, wenn der Schiedsvertrag auch zu dem Zwecke der schiedsrichterlichen Entscheidung der Giltigkeit des Hauptvertrages geschlossen worden ist (R. G. Leipzig, XXVII, S. 379).

5. Zur Giltigkeit des Schiedsvertrages ist die schriftliche Errichtung desselben erforderlich. Fehlt die schriftliche Form, so ist der Schiedsspruch wirkungslos (§ 595, Z. 1). Die Bestimmung des Handelsgesetzbuches, Art. 317, dass bei Handelsgeschäften die Giltigkeit der Verträge durch schriftliche

Digitized by Google

Abfassung nicht bedingt sei, ist durch die Vorschrift der Civilprocessordnung nicht aufgehoben (Ullmann, S. 168, Wilmowski, S. 1197). Bei Schiedsverträgen über Handelsgeschäfte ist daher schriftliche Abfassung nicht erforderlich.

§ 578. Richterliche Beamte dürfen, solange sie im richterlichen Dienste stehen, die Bestellung als Schiedsrichter nicht annehmen.

Eine besondere Qualification der Schiedsrichter ist nicht vorgeschrieben.

Es kann auch auf eine Behörde (R. G. Leipzig, XIII, S. 407), auf den Vertreter einer juristischen Person compromittiert werden. Die Vereinbarung mehrerer Schiedsgerichtsinstanzen ist zulässig (R. G. Leipzig, XVII, S. 434).

Richterliche Beamte, also sowohl Richter im Sinne des Staatsgrundgesetzes vom 21. Mai 1868, Nr. 46 R.-G.-Bl., als auch richterliche Hilfsbeamte im Sinne des § 3 Ger.-Verf.-Ges. dürfen die Bestellung als Schiedsrichter nicht annehmen. Der von ihnen gefällte Schiedsspruch ist wirkungslos (§ 595).

§ 579. Niemand ist verpflichtet, die Bestellung als Schiedsrichter anzunehmen. Aus triftigen Gründen kann der Schiedsrichter auch nach Annahme der Bestellung von der übernommenen Verpflichtung zurücktreten.

Aus dem Grundsatze, dass niemand zur Annahme des Schiedsrichteramtes verpflichtet sei, folgt nicht, dass eine vertragsmäßige Verpflichtung zur Annahme dieses Amtes nicht eingegangen werden könne. Hat jemand das Schiedsrichteramt angenommen oder sich vertragsmäßig zur Uebernahme verpflichtet, so kann er im Klagswege zur Erfüllung dieser Verpflichtung gezwungen werden. Nur triftige Gründe berechtigen ihn zurückzutreten, da sich mannigfache Verhältnisse denken lassen, in welchen der unbedingte Ausschluss des Rücktrittes vom Schiedsrichteramte eine arge Unbilligkeit enthält und da das Walten eines wider Willen bei seinem Amte festgehaltenen Schiedsrichters auch der Sache selbst weniger dienen möchte (Motive des Herrenhauses, S. 16).

§ 580. Wenn in dem Schiedsvertrage weder die Schiedsrichter benannt, noch eine Bestimmung über die Zahl und Ernennung der Schiedsrichter enthalten ist, so wird von jeder Partei ein Schiedsrichter bestellt. Diese haben einen Obmann zu wählen.

Die Vorschrift des § 580 gilt subsidiär, wenn der Schiedsvertrag diesbezüglich nichts bestimmt. Es können im Schieds-

Digitized by Google

vertrage der oder die Schiedsrichter individuell bezeichnet, es kann die Bestellung derselben einer Partei allein oder beiden Parteien oder aber einer dritten Person überlassen sein, selbst wenn diese nicht individuell bestimmt, sondern nur generell, jedoch soweit bezeichnet ist, dass ihre demnächstige Anrufung dem Willen der Parteien entspricht (R. G. Leipzig, XXVI, S. 371). Ist nach dem Schiedsvertrage ein Schiedsrichter von beiden Parteien zu bestellen und können sie sich über denselben nicht einigen, so tritt der Schiedsvertrag außer Kraft (§ 583). Sind nach dem Schiedsvertrage mehrere Schiedsrichter zu bestellen, ohne dass deren Ernennungsmodus bestimmt wäre, so wird nach Analogie des § 580 jede Partei die Hälfte der Schiedsrichter zu ernennen haben; ist die Anzahl eine ungerade, so hat jede Partei die gleiche Anzahl zu bestellen und beide Parteien haben einen Schiedrichter gemeinsam zu bestimmen.

Können sie sich über dessen Person nicht einigen, so tritt der Schiedsvertrag außer Kraft. Nur wenn weder über die Zahl, noch über den Ernennungsmodus in dem Schiedsvertrage eine Bestimmung getroffen wurde, hat jede Partei einen Schiedsrichter zu wählen und die beiden gewählten Schiedsrichter haben einen Obmann zu bestimmen oder wenn sie sich nicht einigen, durch das Gericht bestellen zu lassen (§ 582). Nachdem auch nach dem früheren Gesetze eine Bestimmung über die Modalität der Bestellung der Schiedsrichter nicht vorgeschrieben war, werden vor Herrschaft der Civilprocessordnung abgeschlossene Schiedsverträge nach der Vorschrift des § 580 auszulegen sein.

§ 581. Wer zufolge eines Schiedsvertrages die Bestellung eines Schiedsrichters vorzunehmen hat, kann von dem Gegner oder, wenn die Bestellung des Schiedsrichters einem Dritten obliegt, von jeder der Parteien aufgefordert werden, binnen vierzehn Tagen diesen Schiedsrichter zu bestellen und hievon der auffordernden Partei Mittheilung zu machen. Eine gleiche Aufforderung ist dann zulässig, wenn der auf Grund des Schiedsvertrages bereits bestellte Schiedsrichter die Annahme des Schiedsrichteramtes oder die Erfüllung seiner Verpflichtungen verweigert, wenn er stirbt, mit Erfolg abgelehnt wird, oder aus einem anderen Grunde wegfällt.

Hat auch die auffordernde Partei einen Schiedsrichter zu bestellen, so hat sie mit ihrer Aufforderung die Anzeige zu verbinden, welche Person sie selbst zum Schiedsrichter bestellt hat.

Diese gegenseitigen Aufforderungen und Anzeigen können durch die Post oder einen Notar vorgenommen werden.

Digitized by Google

Die zur Bestellung eines Schiedsrichters berufene Person ist an die von ihr vorgenommene Bestellung gebunden, sobald der Gegner oder eine der Parteien die Anzeige dieser Bestellung erhalten hat.

1. Sind die Schiedsrichter nicht im Schiedsvertrage ernannt, sondern obliegt deren Bestellung einer oder beiden Parteien oder einem Dritten, also sowohl im Falle des § 580, als in allen sonstigen Fällen, in denen nach dem ausdrücklichen oder in diesem Sinne auszulegenden Inhalte des Schiedsvertrages die Schiedsrichter erst im Bedarfsfalle und nicht gemeinschaftlich von beiden Parteien (§ 583) zu bestellen sind, kann jede Partei sowohl bei der Constituierung des Schiedsgerichtes, als auch wenn ein bereits auf diese Weise bestellter Schiedsrichter wegfällt, den Gegner oder den Dritten zu der für die Bildung des Schiedsgerichtes nothwendigen Personenwahl drängen. Für die Aufforderung ist die schriftliche Form nicht vorgeschrieben, obwohl nur diese durch einen Notar oder durch die Post vorgenommen werden kann. Im Falle der Weigerung eines Schiedsrichters kommt es nur auf die Thatsache der Weigerung allein an, ob dieselbe begründet ist oder nicht, bleibt sich gleich. Die Partei braucht den Schiedsrichter auf Uebernahme des Schiedsamtes nicht zu klagen. Sie hat außerdem die Wahl, ob sie die Bestellung eines anderen Schiedsrichters verlangen oder nach § 583 die Unwirksamerklärung des Schiedsvertrages begehren will.

2. Die Ablehnung eines Schiedsrichters kann aus denselben Gründen erfolgen, welche zur Ablehnung eines Richters ermächtigen (§ 586). Die Ablehnung allein genügt nicht, sie muss mit Erfolg geschehen sein. Die Frist ist vom Empfange der Aufforderung zu berechnen und es muss die Anzeige von der Ernennung dem Auffordernden vor Ablauf der Frist zukommen.

Ein Widerruf der Bestellung des Schiedsrichters ist insolange zulässig, als die Partei oder im Falle der Bestellung durch einen Dritten eine der Parteien die Anzeige dieser Bestellung noch nicht erhalten hat. Mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Art. 320 H. G. B. wird sohin der Widerruf, um wirksam zu sein, früher als die Anzeige der Bestellung oder gleichzeitig mit dieser zugehen müssen.

§ 582. Wenn die Bestellung eines Schiedsrichters nicht rechtzeitig vorgenommen wird oder wenn die beiden Schiedsrichter sich über die Person des Obmannes nicht einigen können, so erfolgt die Bestellung auf Antrag durch das Gericht. Der Antrag ist bei dem Gerichte zu stellen, welches mangels eines Schiedsvertrages für den Rechtsstreit in erster Instanz zuständig

Digitized by Google

wäre. Zur Antragstellung sind die Parteien und im Falle des § 580 auch jeder der beiden Schiedsrichter berechtigt. Zur Antragstellung ist auch vor Gerichtshöfen die Vertretung durch einen Advocaten nicht nothwendig.

Der über den Antrag ergehende Beschluss kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden.

Die gerichtliche Auswahl des oder der Schiedsrichter erfolgt im Falle der nicht rechtzeitigen Bestellung derselben (§ 581) oder im Falle der mangelnden Einigung der nach § 580 von den Parteien ernannten Schiedrichter über die Person des Obmannes, sofern im Schiedsvertrage oder in einer dem Abschlusse des Schiedsvertrages nachgefolgten schriftlichen Vereinbarung von den Parteien nicht etwas anderes festgesetzt ist (§ 585).

Zur Erwirkung des gerichtlichen Einschreitens ist eine Klage nicht erforderlich, es genügt ein Antrag einer der Parteien oder im Falle des § 580 einer der Parteien oder eines der Schiedsrichter. Ueber den Antrag, welcher zur Begründung des Begehrens mit dem Schiedsvertrage und dem Ausweise der erfolgten Aufforderung im Sinne des § 581 zu belegen sein wird, ist ohne mündliche Verhandlung (§ 620 des Regierungsentwurfes), wohl aber mit Rücksicht auf die Unanfechtbarkeit des Beschlusses nach vorheriger mündlicher oder schriftlicher Einvernahme des Gegners oder beider Parteien (§ 580) zu entscheiden. Die Entscheidung kann durch den Gerichtsvorsteher oder einen von diesem beauftragten Richter erfolgen (§ 584).

§ 583. Können sich die Parteien über von ihnen gemeinschaftlich zu bestellende Schiedsrichter nicht einigen, so hat das im § 582 bezeichnete Gericht auf Antrag auszusprechen, dass der Schiedsvertrag außer Kraft trete.

Gleiches hat dann zu geschehen, wenn:

1. bestimmte Personen in dem Schiedsvertrage zu Schiedsrichtern bestellt sind und einer dieser Schiedsrichter stirbt, infolge Ablehnung oder aus einem anderen Grunde wegfällt, die Uebernahme des Schiedsrichteramtes verweigert oder von dem mit ihm deshalb geschlossenen Vertrage zurücktritt, oder wenn

2. ein im Schiedsvertrage ernannter oder auf Grund des Schiedsvertrages von einer Partei oder gemäß § 582 vom Gerichte bestellter Schiedsrichter die Erfüllung seiner durch die Annahme der Bestellung übernommenen Verpflichtung verweigert oder ungebürlich verzögert.

Wenn der Schiedsvertrag in Ansehung aller aus einem bestimmten Rechtsverhältnisse entstehenden Streitigkeiten ge-

Digitized by Google

schlossen ist, und der Umstand, wegen dessen das Gericht den Schiedsvertrag für unwirksam erklären soll, so beschaffen ist, dass er die schiedsrichterliche Erledigung der sich in Zukunft aus diesem Rechtsverhältnisse etwa noch ergebenden Streitigkeiten nicht ausschließt, so hat das Gericht seinen Ausspruch dahin zu beschränken, dass der Schiedsvertrag nur für diesen bestimmten Fall unwirksam ist.

1. Die Bestimmungen des § 583 finden nur dann Anwendung, wenn im Schiedsvertrage oder in einer dem Abschlusse des Schiedsvertrages nachgefolgten schriftlichen Vereinbarung von den Parteien nicht etwas anderes festgesetzt ist (§ 585).

Die gemeinschaftliche Bestellung der Schiedsrichter durch die Parteien hat nur dann statt, wenn dies vereinbart ist oder wenn die Zahl der zu bestellenden Schiedsrichter nach dem Schiedsvertrage eine ungerade ist und der Schiedsvertrag die Modalität ihrer Ernennung nicht regelt.

In diesem Falle hat jede der Parteien nach Analogie des § 580 je eine gleiche Anzahl der Schiedsrichter und beide Parteien gemeinschaftlich haben noch einen weiteren Schiedsrichter zu bestellen. Können sie sich nicht einigen, so ist die Ausführung des Schiedsvertrages unmöglich.

2. Wenn ein im Schiedsvertrage selbst bestellter Schiedsrichter wegfällt, so ist dessen Ersatz durch einen anderen Schiedsrichter im Sinne des § 582 durch das Gericht nicht zulässig. Der Tod des Schiedsrichters, die Ablehnung desselben (§ 586), die Weigerung oder der Rücktritt, mag derselbe begründet sein oder nicht, werden im Gesetze conform mit § 581 angeführt. Andere Gründe des Wegfalles eines Schiedsrichters sind beispielsweise die eingetretene Handlungsunfähigkeit des ernannten Schiedsrichters, die Richtereigenschaft desselben (§ 578), der Wegfall des Rechtssubjectes, dessen gesetzlicher Vertreter zum Schiedsrichter berufen ist, u. s. w.

3. Wenn das schiedsgerichtliche Verfahren verschleppt oder die Urtheilsfällung verweigert wird, so ist ohne Zweifel die Partei befugt, ihr Recht gegen die Schiedsrichter auf dem Wege der Klage geltend zu machen; eine Entscheidung des dem schiedsrichterlichen Verfahren zugewiesenen Rechtsstreites wird auf diese Art nicht erzielt. Voller Rechtsschutz wird der Partei hier nur dann zutheil, wenn der Schiedsvertrag solchenfalls nach Constatierung seiner Undurchführbarkeit außer Kraft gesetzt wird.

Digitized by Google

Im Falle der Schiedsrichter unmittelbar im Schiedsvertrage nominiert wurde, bildet die Einigung über die Person des Schiedsrichters einen integrierenden Bestandtheil des Vertrages, der nur vermittels neuerlicher Willenseinigung der Parteien durch ein anderes ersetzt werden könnte. Wo solche neuerliche Einigung nicht zustande kommt, verliert der Schiedsvertrag seine Ausführbarkeit und es muss den Parteien gestattet sein, sich von der am Betreten des Rechtsweges hindernden Fessel des unausführbar gewordenen Schiedsvertrages zu befreien. Ist aber im Schiedsvertrage bloß ein Nominationsrecht einer Partei oder eines Dritten vereinbart, so steht nichts entgegen, dass die Partei oder der Dritte, wenn die erste Nominierung fruchtlos ist, an Stelle des verstorbenen oder abgelehnten u. s w. Schiedsrichters einen anderen ernenne: Der Vertrag ist hier nach wie vor ausführbar. Daher gestattet der Entwurf zur neuerlichen Ausübung des Nominationsrechtes unter der früher dargelegten Rechtsfolge zu drängen (§§ 581, 582). Falls ein auf Grund des vorbehaltenen Nominationsrechtes vom Gegner oder vom Dritten ernannter Schiedsrichter die Erfüllung seines Amtes verzögert, können die Parteien, beziehungsweise der Gegner zwischen der Supplierung durch richterliche Ernennung und der Unwirksamerklärung des Schiedsspruches wählen (Regierungsmotive, S. 325).

4. Der Schiedsvertrag tritt auch außer Kraft, wenn einer der in demselben ernannten Schiedsrichter nach der Abstimmung die Unterzeichnung des Schiedsspruches verweigert. Die Vorschrift des § 583 führt bei dieser Auffassung allerdings zu dem eigenthümlichen Ergebnisse, dass der überstimmte Schiedsrichter jederzeit das Zustandekommen eines rechtswirksamen Schiedsspruches verhindern kann, indem er entweder ausdrücklich von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurücktritt oder die Unterschrift verweigert. Einem solchen Verfahren gegenüber hat die dadurch betroffene Partei, soweit es sich um das Verhältnis zum Gegner handelt, kein Schutzmittel, da sie diesen zur Fortsetzung des schiedsrichterlichen Verfahrens, bezw. zur Bestellung eines anderen Schiedsrichters nicht nöthigen kann. Aber diese Eigenthümlichkeit ergibt sich mit Nothwendigkeit aus den Vorschriften der §§ 583, 592. Wollen die Parteien sich der Gefahr nicht aussetzen, so dürfen sie die Schiedsrichter nicht im Schiedsvertrage ernennen oder müssen für den Fall des Rücktrittes eines Schiedsrichters besondere Bestimmungen treffen (R. G. Leipzig, XVIII, S. 370).

Der Schiedsvertrag tritt endlich außer Kraft, wenn die Schiedsrichter denselben nicht mit Stimmenmehrheit zu beschließen vermögen (§ 591).

Digitized by Google

§ 584. Ueber einen im Sinne des § 583 gestellten Antrag ist nach vorgängiger mündlicher Verhandlung durch Beschluss zu entscheiden. Diese Entscheidung sowie die Entscheidung über einen gemäß § 582 gestellten Antrag kann bei Gerichtshöfen auch von dem Vorsteher des Gerichtshofes oder von einem seitens des Vorstehers beauftragten Richter gefällt werden.

Ein Schiedsrichter, welcher die durch Annahme der Bestellung übernommene Verpflichtung gar nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt, haftet den Parteien, unbeschadet ihres Rechtes, die Außerkraftsetzung des Schiedsvertrages zu begehren, für allen durch seine schuldbare Weigerung oder Verzögerung verursachten Schaden.

1. Voraussetzung eines Antrages im Sinne des § 584 ist ein giltiger Schiedsvertrag. Wird der Schiedsvertrag selbst als ungiltig angefochten, so kann dies, so lange der Schiedsspruch noch nicht erfolgt ist, nur im Wege der gewöhnlichen Klage geschehen. Zur Erwirkung des richterlichen Ausspruches, dass der Schiedsvertrag außer Kraft trete, ist keine Klage zu erheben, sondern — mittels Schriftsatzes oder zu Protokoll — ein Antrag zu stellen, über den zwar mündlich verhandelt, aber mit Beschluss entschieden wird. Die Zustellung des betreffenden Schriftsatzes oder einer Protokollsabschrift wird nicht nach den für die Zustellung von Klagen bestehenden Vorschriften zu erfolgen haben, eine Rechtsbelehrung über die Folgen des Ausbleibens ist nicht vorgeschrieben und es werden daher im Falle des Ausbleibens einer Partei die eigentlichen Ausbleibensfolgen des § 396, die Fiction des Geständnisses nicht eintreten, sondern es wird die ausgebliebene Partei nur mit ihrem Vorbringen präcludiert (§ 144). Eine Ausnahme vom Anwaltszwange im Verfahren vor Gerichtshöfen bestimmt das Gesetz nicht. Sicherstellung für die Processkosten kann nicht begehrt werden, weil keine Klage vorliegt. In dem Beschlusse wird aber, wenn das Kostenverzeichnis vorliegt, über die Processkosten zu entscheiden sein (§ 52).

2. Die Erzwingung der Uebernahme des Amtes eines Schiedsrichters und die Ersatzklage einer Partei gegen den Schiedsrichter wegen schuldbarer Verweigerung oder Verzögerung des Schiedsspruches wird im ordentlichen Rechtswege auszutragen sein.

§ 585. Die Bestimmungen der §§ 582 und 583 finden insoweit keine Anwendung, als im Schiedsvertrage oder in einer dem Abschluss des Schiedsvertrages nachgefolgten schriftlichen Vereinbarung von den Parteien für die bezeichneten Fälle etwas anderes festgesetzt ist.

Digitized by Google

§ 586. Ein Schiedsrichter kann aus denselben Gründen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen (§§ 19 und 20 Jur.-Norm).

Eine Partei, welche einen Schiedsrichter allein oder in Gemeinschaft mit ihrem Gegner bestellt hat, ist zur Ablehnung desselben nur dann berechtigt, wenn der Ablehnungsgrund erst nach der Bestellung entstanden oder der Partei bekannt geworden ist.

1. Keine Partei kann Schiedsrichter in eigener Sache sein, weil der Schiedsvertrag seinem Wesen nach die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit zwischen den Parteien durch einen Dritten bezweckt.

In diesem Falle bedarf es keiner Ablehnung, der Schiedsspruch ist nach § 595, Z. 3, wirkungslos. Anderweitige Ausschließungsgründe (§ 20 J. N.) sind nicht von amtswegen, sondern nur über Ablehnung gleich den Ablehnungsgründen (§ 19, Z. 2 J. N.) zu beachten.

Ueber das Verfahren bei Ablehnung eines Schiedsrichters bestimmt das Gesetz nichts. Mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 595 über die Aufhebung eines Schiedsspruches wegen ungerechtfertigter Zurückweisung der Ablehnung eines Schiedsrichters wird dieselbe vor dem Schiedsgerichte zu erfolgen haben, ohne dass die Vorschrift des § 21 J. N. über die rechtzeitige Ablehnung vor Einlassung in eine Verhandlung beachtet werden müsste, nachdem nur die Ablehnungsgründe, nicht auch die übrigen Voraussetzungen der Ablehnung für Schiedsrichter gelten. Eine entsprechende Anwendung der Normen über das Verfahren bei Ablehnung eines Richters findet nicht statt. Es kann gar nicht die Rede davon sein, eine sogenannte pflichtmäßige Erklärung eines abgelehnten Schiedsrichters über den Ablehnungsgrund in Parallele zu stellen mit der dienstlichen Aeußerung des abgelehnten Richters im Sinne des § 22 J. N., welcher dienstlichen Aeußerung auch an sich vermöge der amtlichen Stellung des Richters und dadurch bedingten Verantwortlichkeit ein ganz anderes Gewicht beiwohnt, als einer Erklärung der ersteren Art. In Bezug auf das vor den ordentlichen Gerichten gemäß §§ 595 ff. stattfindende Verfahren sind dagegen in einem solchen Falle folgende einfache Gesichtspunkte maßgebend. Dieselben haben sich einer diesbezüglichen Behauptung und Beweisantretung gegenüber so zu verhalten, wie in jedem anderen gewöhnlichen Processe. Sie haben zu prüfen, ob die betreffenden Behauptungen, ihre Wahrheit vorausgesetzt, an sich geeignet seien, das Misstrauen einer Partei gegen die Unbefangenheit eines Schiedsrichters in den betreffenden Rechts-

Digitized by Google

streitigkeiten der Parteien zu rechtfertigen. Wird solches bejaht, so haben sie den angetretenen Beweis zu erheben und auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme gemäß § 272 den betreffenden Thatbestand festzustellen und das Urtheil zu fällen (R. G. Leipzig, XIII, S. 350).

2. Auf das Ablehnungsrecht darf nicht verzichtet werden (§ 598), wohl aber kann der Schiedsvertrag die Modalitäten der Ausübung dieses Rechtes vor dem Schiedsgerichte regeln. Enthält der Schiedsvertrag oder ein späteres schriftliches Uebereinkommen diesbezüglich keine Bestimmungen, so kann auf Grund der Ablehnung der abgelehnte Schiedsrichter von dem Schiedsamte zurücktreten, wenn triftige Ablehnungsgründe geltend gemacht werden (§ 579), oder es kann das Schiedsgericht selbst über die Ablehnung entscheiden (§ 595, Z. 4). Ist der Ablehnungsgrund nicht im schiedsgerichtlichen Verfahren geltend gemacht worden, so wird der Schiedsspruch aus diesem Grunde nur dann im Klagswege angefochten werden können, wenn der Anfechtungsgrund der Partei erst später bekannt geworden ist.

Verfahren vor den Schiedsrichtern.

§ 587. Die Schiedsrichter haben vor Erlassung des Schiedsspruches die Parteien zu hören und den dem Streite zugrunde liegenden Sachverhalt zu ermitteln. Das Verfahren wird, sofern durch den Schiedsvertrag oder eine nachträgliche schriftliche Vereinbarung der Parteien nichts anderes festgesetzt ist, von den Schiedsrichtern nach freiem Ermessen bestimmt.

Wenn sich eine Partei in die Verhandlung vor den Schiedsrichtern nicht einlässt, ist mit der anderen Partei allein zu verhandeln.

1. Die Schiedsrichter sind, abgesehen von der Vorschrift, dass sie beide Parteien hören und den Sachverhalt ermitteln sollen, soweit sie die Ermittlung für erforderlich erachten, in Ermanglung einer dahingehenden Vereinbarung der Parteien weder an ein bestimmtes Processverfahren, noch an materielle Rechtsregeln gebunden (Wilmowski, S. 1194). Sie sind dabei nur durch die Vorschriften des § 595 beschränkt. Das Gesetz macht den Schiedsrichtern das Hören der Parteien vor Erlassung des Schiedsspruches zur Pflicht und erblickt in der Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs einen Grund zur Aufhebung des Schiedsspruches, ohne eine Bestimmung darüber zu treffen, in welcher Art und Form die Parteien gehört werden sollen. Als wesentlich kann darnach nur angesehen werden, dass den Parteien Gelegenheit gegeben wird, alles ihnen erforderlich Scheinende

Digitized by Google

den Schiedsrichtern vorzutragen. Inwiefern diesem Erfordernisse genügt ist, lässt sich nicht nach allgemein geltenden Regeln, sondern nur nach den Umständen jedes einzelnen Falles beurtheilen. In der Nichtmittheilung eines Gutachtens, namentlich wenn dasselbe von den Schiedsrichtern ohne Vorwissen einer der Parteien eingefordert und sein Ergebnis, obwohl dadurch die Sachlage geändert wird, der Partei unbekannt geblieben ist, kann möglicherweise eine Nichtgewährung rechtlichen Gehörs gefunden werden (R. G. Leipzig, XXIII, S. 435).

2. Contumazfolgen treten nicht ein. Erscheint eine Partei nicht oder lässt sie sich in die Verhandlung nicht ein, so ist mit der anderen Partei allein zu verhandeln und es ist, wenn diesbezüglich keine Vereinbarung besteht, dem Ermessen des Schiedsgerichtes überlassen, welche Bedeutung es dem Ausbleiben oder der Nichteinlassung für die Feststellung des Sachverhaltes beilegen will.

§ 588. Die Schiedsrichter dürfen die Parteien, sowie die Zeugen und Sachverständigen, welche freiwillig vor ihnen erscheinen, nur unbeeidet vernehmen. Sie dürfen weder gegen Parteien, noch gegen andere Personen Zwangsmittel anwenden oder Strafen verhängen.

Die Beeidigung eines Zeugen, Sachverständigen oder einer Partei steht dem Schiedsgerichte auch dann nicht zu, wenn diese zur Ablegung des Eides bereit wären. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift macht den Schiedsspruch nach § 595, Z. 5, wirkungslos. Hält das Schiedsgericht eine solche Beeidigung für nothwendig, so hat es sich gemäß § 589 deshalb an das Gericht zu wenden.

Nachdem vor den Schiedsgerichten auch vollstreckbare Vergleiche geschlossen werden können (§ 1, Z. 16 E. O.), so wird nichts im Wege stehen, in einem schiedsgerichtlichen Vergleiche einen Eid im Sinne des § 205 zu formulieren und das Gericht um die Abnahme des Eides zu ersuchen. Das Schiedsgericht wird auch befugt sein, eine Behörde um Mittheilung von Urkunden und Acten anzugehen (§ 301).

Zwangsmittel sind unbedingt ausgeschlossen. Wegen Verhängung von Strafen (§ 220 ff.) wird sich das Schiedsgericht an die Gerichte zu wenden haben. Zustellungen sind durch die Post oder einen Notar zu vollziehen (§ 592).

§ 589. Von den Schiedsrichtern für erforderlich erachtete richterliche Handlungen, zu deren Vornahme dieselben nicht befugt sind, werden auf Ersuchen der Schiedsrichter von dem zuständigen staatlichen Gerichte vorgenommen. Im Zweifel ist das

Digitized by Google

Ersuchen an das Bezirksgericht zu stellen, in dessen Sprengel die Handlung vorgenommen werden soll oder der Beweis aufzunehmen ist.

Das ersuchte Gericht hat dem Ersuchen zu entsprechen, sofern dasselbe nicht gesetzlich unzulässig ist. In Ansehung einer Beweisaufnahme stehen diesem Gerichte insbesondere auch die Entscheidungen zu, welche für den Fall der Beweisaufnahme durch einen ersuchten Richter durch die Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes dem erkennenden Gerichte oder dem Processgerichte vorbehalten sind.

Die ordentlichen Gerichte haben den Schiedsgerichten sowie den zur Entscheidung eines einzelnen Rechtsstreites bestellten Schiedsrichtern auf Ersuchen Rechtshilfe zu leisten, insofern das Ersuchen im Gesetze begründet, die vorzunehmende Amtshandlung gesetzlich zulässig und das ersuchte Gericht zu derselben zuständig ist (Art. XIII, E. G. z. J. N.). Die Prüfung der Erheblichkeit oder Zweckmäßigkeit steht dem Gerichte nicht zu. Es genügt, dass das Schiedsgericht die Vornahme für nothwendig erklärt hat und dass es selbst zur Vornahme nicht befugt ist.

Zu diesen Handlungen, welche ausschließlich auf solche der Rechtshilfe, nicht der Rechtssprechung beschränkt sind, gehören nicht nur die im § 588 bezeichneten, sondern auch alle anderen, für welche es den Schiedsrichtern an der erforderlichen Zuständigkeit oder Zwangsgewalt fehlt. Unbedenklich wird das Schiedsgericht um die Einvernahme entfernt wohnender Zeugen das zuständige Gericht des Wohnortes derselben angehen können, wenn dieselben nicht freiwillig — ohne Vorladung — vor demselben erscheinen, Sachverständigenbeweise, Augenscheine durch das Gericht vornehmen lassen können.

Dem ersuchten Gerichte stehen bei Beweisaufnahmen nicht nur die Befugnisse des ersuchten Richters, sondern alle Befugnisse des Processgerichtes zu. Selbstverständlich hat es das Recht, gegen den ausgebliebenen Zeugen und Sachverständigen Ordnungsstrafen zu verhängen (§ 333) und über die Verpflichtung zum Kostenersatze des sich weigernden Zeugen abzusprechen (§ 326).

§ 590. Wenn mehr als zwei Schiedsrichter zur Entscheidung berufen sind, ist der Schiedsspruch nach der absoluten Mehrheit der Stimmen zu fällen, sofern nicht in dem Schiedsvertrage etwas anderes bestimmt ist.

Das Gesetz verlangt für den Schiedsspruch absolute Mehrheit der Stimmen, also mehr als die Hälfte (§ 12 J. N.),

Digitized by Google

soferne nicht in dem Schiedsvertrage andere Bestimmungen getroffen worden sind.

Eine relative Mehrheit, z. B. zwei Stimmen auf Abweisung, eine Stimme auf Verurtheilung und eine auf Beweisaufnahme, oder Stimmengleichheit heben den Schiedsvertrag auf. Einen Obmann zur Beseitigung der Stimmengleichheit zu wählen, sind die Schiedsrichter — abgesehen von einer diesbezüglichen Bestimmung des Vertrages oder des Gesetzes (§ 580) — ohne Vermittlung der Parteien nicht befugt. Bezieht sich die Differenz der Schiedsrichter nur auf die Zuerkennung von Summen, so kommt unbedenklich die Regel des § 12 J. N. zur Anwendung (Wilmowski, S. 1203).

§ 591. Wenn bei einer Entscheidung die für die Beschlussfassung erforderliche Stimmenmehrheit oder, falls nur zwei Schiedsrichter bestellt sind, Stimmeneinhelligkeit nicht zu erreichen ist, so haben die Schiedsrichter dies den Parteien bekannt zu geben.

Wenn nicht im Schiedsvertrage oder in einer nachträglichen schriftlichen Vereinbarung der Parteien für einen solchen Fall eine andere Vorsorge getroffen ist, kann jede der Parteien bei dem im § 582 bezeichneten Gerichte den Antrag auf Erlassung eines Ausspruches stellen, dass der Schiedsvertrag außer Kraft trete oder für den einzelnen Fall unwirksam sei (§ 584).

Wenn die schiedsrichterliche Entscheidung deshalb nicht zustande kommt, weil sich die erforderliche Stimmenmehrheit nicht ergibt, so tritt der Schiedsvertrag außer Kraft, wenn nicht von den Parteien eine Vereinbarung getroffen wird, welche die Fortsetzung des Verfahrens ermöglicht (§ 591).

Um sie in die Lage zu setzen, noch nachträglich eine solche Vereinbarung treffen zu können, müssen sie durch die Schiedsrichter vom Nichtzustandekommen der Entscheidung in Kenntnis gesetzt werden (Regierungsmotive, S. 326). Die Zustellung dieser Verständigung durch den Notar oder die Post ist nicht vorgeschrieben, die Verständigung wird auch mündlich erfolgen können. Die Beschlussfassung des Gerichtes, dass der Schiedsvertrag außer Kraft trete, hat gemäß § 584 nach mündlicher Verhandlung über Antrag zu erfolgen.

§ 592. Den Parteien sind Ausfertigungen des Schiedsspruches, und zwar, falls sie dieselben nicht vor dem Schiedsgerichte persönlich in Empfang nehmen, durch die Post oder durch einen Notar zuzustellen.

Diese Ausfertigungen, sowie die Urschrift des Schiedsspruches sind mit der Angabe des Tages der Abfassung des

Digitized by Google

Schiedsspruches zu versehen und bei sonstiger Unwirksamkeit des Schiedsspruches von sämmtlichen Schiedsrichtern zu unterschreiben.

1. Der Schiedsspruch hat die Entscheidung der Rechtsstreitigkeit zu enthalten. Das Erfordernis einer Begründung desselben wurde eliminiert (Motive des Herrenhauses, S. 16). Ein rechtswirksamer Schiedsspruch, der unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheiles hat, liegt nur dann vor, wenn den Vorschriften des § 592 genügt worden ist. Insbesondere wird hierzu vorausgesetzt, dass alle Schiedsrichter den Schiedsspruch unterschrieben haben. Weigert sich ein Schiedsrichter dies zu thun, so kann dessen Unterschrift nicht durch eine diesen Umstand feststellende Erklärung der übrigen Schiedsrichter ersetzt werden. Vielmehr fehlt dem Schiedsspruche, solange der Vorschrift des § 592 nicht genügt worden ist, die verbindliche Kraft (R. G. Leipzig, XVIII, S. 370). Die mündliche Verkündung des Schiedsspruches kann die schriftliche Ausfertigung nicht ersetzen. Wer des Schreibens unkundig oder wegen körperlicher Gebrechen zu schreiben unfähig ist, muss zwei Zeugen, deren einer dessen Namen beisetzt, beiziehen und sein gewöhnliches Handzeichen beisetzen (§ 886 a. b. G. B.).

Wenn ein Schiedsrichter vor Unterfertigung des Schiedsspruches stirbt oder willensunfähig wird, so ist kein Schiedsspruch vorhanden (Wilmowski, S. 1207).

2. Der Schiedsspruch ist unter Angabe des Tages der Abfassung von den Schiedsrichtern zu unterschreiben. Diese Bestimmung, welche implicite schriftliche Redaction des Schiedsspruches vorschreibt, ist zweifellos. Dies gilt auch von der weiteren Bestimmung insofern, als jeder der Parteien eine von den Schiedsrichtern unterschriebene Ausfertigung des Schiedsspruches zuzustellen ist (R. G. Leipzig, V, S. 402). Die Verzichtleistung auf die Zustellung ist unzulässig (§ 598). Zustellung an den Bevollmächtigten (§ 39) oder an den gesetzlichen Vertreter (§ 5) genügt.

Die Intervention des Gerichtes bei Zustellung des Schiedsspruches ist unzulässig. Die in den §§ 87 ff. enthaltenen Bestimmungen des Entwurfes über die Zustellung von Entscheidungen finden auf die Zustellung von Schiedssprüchen keine Anwendung (Regierungsmotive, S. 326).

§ 593. Die Urschrift des Schiedsspruches ist nebst den Beurkundungen über die an die Parteien erfolgte Zustellung der Ausfertigungen von der im Schiedsvertrage bezeichneten Person

Digitized by Google

zu verwahren. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung oder ist der benannte Verwahrer verstorben, so haben die Schiedsrichter die Art der Verwahrung zu bestimmen. Im Zweifel sind diese Schriftstücke bei einem Notar des Bezirkes zu hinterlegen, in welchem das Schiedsgericht seinen Sitz hatte.

Die Urschrift des Schiedsspruches, sowie die Zustellungsbeurkundungen haben als den Parteien gemeinschaftliche Urkunden zu gelten.

Zu einer staatsgerichtlichen Ingerenz fehlt es im schiedsgerichtlichen Verfahren — von der Requisition gemäß § 589 abgesehen — an jedem Anlasse. Insbesondere konnte daher auch den staatlichen Civilgerichten nicht die Aufgabe übertragen werden, die Urschrift des Schiedsspruches zu verwahren. Es ist Sache der Parteien, darüber im voraus Bestimmungen zu treffen; mangels einer solchen soll es zur Pflicht der Schiedsrichter gehören, in entsprechender Art dafür zu sorgen, dass die Urschrift namentlich behufs seinerzeitiger Benützung bei der Executionsführung den Parteien zugänglich erhalten werde (§ 593). Bei ständigen Schiedsgerichten werden zumeist schon organische Einrichtungen für die Aufbewahrung des Schiedsspruches bestehen (Regierungsmotive, S. 326). Nachdem der Schiedsspruch als gemeinsame Urkunde erklärt wird, darf dessen Vorlage im Wege der Klage außerhalb eines anhängigen Rechtsstreites gefordert werden (Art. XLIII E. G.). Die Zustellung der Ausfertigung an die dieselbe vor dem Schiedsgerichte, also vor allen Schiedsrichtern persönlich in Empfang nehmende Partei wird auf der Urschrift oder durch einen besonderen Empfangschein zu beurkunden sein.

§ 594. Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheiles, sofern die Parteien in dem Schiedsvertrage nicht die Zulässigkeit der Anfechtung des Urtheiles vor einer höheren schiedsgerichtlichen Instanz vereinbart haben.

Die Schiedsrichter haben auf Verlangen einer Partei den Eintritt der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches auf einer Ausfertigung des Schiedsspruches schriftlich zu bestätigen.

1. Die materielle Rechtskraft eines Schiedsspruches ist nach § 411 zu beurtheilen. Dieselbe begründet die Einwendung der entschiedenen Streitsache (§ 240), dieselbe ist auch von amtswegen zu berücksichtigen (§ 261) und berechtigt unter den Voraussetzungen des § 530, Z. 6 zur Wiederaufnahmsklage. Die Festsetzung eines Instanzenzuges innerhalb des

Digitized by Google

schiedsgerichtlichen Verfahrens ist ausdrücklich für zulässig erklärt.

Dagegen ist die Beschreitung des Instanzenzuges gegen Schiedssprüche vor den ordentlichen Gerichten ausgeschlossen. Auch ein Uebereinkommen, welches die ordentlichen Rechtsmittel vorbehält, hat keine Kraft (R. G. Leipzig, XVII, S. 434). Auch ausländische Schiedssprüche haben die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheiles, sofern sie den Vorschriften der Civilprocessordnung, insbesondere des § 592 entsprechen.

2. Rechtsmittel gegen Schiedssprüche sind unzulässig und wenn in den im § 595 aufgezählten Fällen ein Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruches gestellt werden kann, so hat dies nicht auf dem Wege eines Rechtsmittels, sondern auf dem Wege der Klage zu erfolgen (O. L. G. Karlsruhe, Fuchsberger, S. 1161). Die formelle Rechtskraft des Schiedsspruches richtet sich sonach nach dem Schiedsvertrage. Dieselbe muss von dem Schiedsgerichte, sohin von allen Schiedsrichtern bestätigt werden, was mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 592 nur durch die Unterschrift aller Schiedsrichter erfolgen kann. Auf die Beurtheilung der materiellen Rechtskraft ist diese Bestätigung ohne Einfluss, diese zu beurtheilen steht allein dem Gerichte zu.

Die Execution der Schiedssprüche kann von dem Schiedsgerichte nicht bewilligt werden, die Parteien können sich im Executionsverfahren einem Schiedsrichter nicht unterwerfen (Art. II, E. G. z. E. O.).

Unwirksamkeit des Schiedsspruches.

§ 595. Der Schiedsspruch ist wirkungslos:

1. wenn ein Schiedsvertrag überhaupt nicht vorhanden oder der Schiedsvertrag ungiltig war, vor der Fällung des Schiedsspruches außer Kraft getreten oder für den einzelnen Fall unwirksam geworden ist;

2. wenn der Partei, welche die Unwirksamkeit des Schiedsspruches behauptet, im Verfahren vor den Schiedsrichtern das rechtliche Gehör nicht gewährt wurde, oder wenn dieselbe, falls sie eines gesetzlichen Vertreters bedarf, in diesem Verfahren nicht durch einen solchen vertreten war, sofern nicht letzterenfalls die Processführung nachträglich ordnungsmäßig genehmigt wurde;

3. wenn hinsichtlich der Besetzung des Schiedsgerichtes oder der Beschlussfassung eine gesetzliche oder vertragsmäßige Bestimmung verletzt, oder wenn die Urschrift und die Aus-

Digitized by Google

fertigungen des Schiedsspruches nicht von sämmtlichen Schiedsrichtern unterschrieben wurden;

4. wenn die Ablehnung eines Schiedsrichters vom Schiedsgerichte ungerechtfertigt zurückgewiesen wurde;

5. wenn das Schiedsgericht die Grenzen seiner Aufgabe überschritten hat;

6. wenn der Schiedsspruch gegen zwingende Rechtsvorschriften verstößt;

7. wenn der Schiedsspruch eine Partei zu einer gesetzlich unzulässigen oder unerlaubten Handlung verurtheilt hat;

8. wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen gemäß § 530, Z. 1 bis 7, ein gerichtliches Urtheil mittels der Wiederaufnahmsklage angefochten werden kann.

1. Ein rechtsgiltiger Schiedsvertrag ist die Voraussetzung der rechtsgiltigen Wirksamkeit des Schiedsspruches. Der Schiedsvertrag ist ungiltig, wenn den Parteien die Fähigkeit abgeht, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich abzuschließen (§ 577, Abs. 1), wenn derselbe nicht in schriftlicher Form errichtet worden ist (§ 577, Abs. 3), wenn der Hauptvertrag, mit welchem der Schiedsvertrag untrennbar zusammenhängt, ungiltig, z. B. ein nicht klagbarer Spielvertrag ist (Wilmowski, S. 1210).

Der Schiedsvertrag kann durch Vereinbarung der Parteien oder durch richterlichen Ausspruch (§ 583) außer Kraft treten. Der Tod, die rechtliche Unfähigkeit der Partei heben den Schiedsvertrag nicht auf, sofern nicht der Vertrag selbst abweichende Bestimmungen enthält.

Für den einzelnen Fall wird der Schiedsvertrag unwirksam nach § 583 durch richterlichen Ausspruch oder gleichfalls durch Parteiübereinkommen.

Das Nichtbestehen eines giltigen Schiedsvertrages braucht vor dem Schiedsgerichte nicht geltend gemacht worden zu sein. Ein Verzicht liegt in der Nichtgeltendmachung nur für das Verfahren vor den Schiedsrichtern.

2. Der Aufhebungsgrund der Ziffer 2 steht nur jener Partei zu, die in dem schiedsgerichtlichen Verfahren nicht gehört wurde oder nicht vertreten war. Ueber das rechtliche Gehör sind die Bestimmungen im § 587 (Anm. 1) enthalten. Unter rechtlichem Gehör ist nicht „mündliche Verhandlung“ zu verstehen, sondern irgend eine zulässige Form desselben. Auch wird nicht erfordert, dass beide Parteien wirklich Erklärungen zur Sache abgegeben haben, sondern nur, dass ihnen dazu Gelegenheit gegeben war (R. G. Leipzig, XXIII, S. 434).

Digitized by Google

Der Mangel der gesetzlichen Vertretung entspricht dem Nichtigkeitsgrunde des § 477, Z. 5 und des § 529, Z. 2 (Anm. 3), ist jedoch auf die Verletzung der Vorschriften über die gesetzliche Vertretung (§§ 6, 7) beschränkt, nachdem die Verletzung der Vorschriften über die Vertretung durch Bevollmächtigte (§§ 30, 37) auf das schiedsgerichtliche Verfahren keine Anwendung findet.

3. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Besetzung eines Schiedsgerichtes sind verletzt, wenn eine der Parteien selbst zum Schiedsrichter bestellt worden ist (§ 586, Anm. 1), wenn ein richterlicher Beamter zum Schiedsrichteramte berufen wurde und den Schiedsspruch gefällt hat (§ 578), wenn bei Schiedsverträgen, in denen weder die Schiedsrichter benannt sind, noch eine Bestimmung über die Zahl und die Ernennung der Schiedsrichter enthalten ist, nicht nach Vorschrift des § 580 vorgegangen wurde.

Die Art der Beschlussfassung regelt der § 590. Außerdem wird aber auch der Fall hierher gehören, wenn solche wesentliche Bestimmungen des Verfahrens oder Grundlagen, welche die Parteien ausdrücklich für die Erlassung des Schiedsspruches vereinbart haben, von den Schiedsrichtern nicht eingehalten worden sind. Ueber die Ausfertigung und Unterfertigung des Schiedsspruches ist § 592 zu vergleichen.

4. Die Ablehnung eines Schiedsrichters (§ 586) muss vor dem Schiedsgerichte erfolgt sein. Hat eine Ablehnung nicht stattgefunden, so kann die Anfechtung des Schiedsspruches auch auf Grund eines der für Richter geltenden Ausschließungsgründe nicht erfolgen (Wilmowski, S. 1210), sofern nicht etwa der Ablehnungsgrund der Partei erst später bekannt geworden ist (§ 596).

5. Die Grenzen der Aufgabe des Schiedsgerichtes richten sich nach dem Schiedsvertrage und nach dem Parteienantrage. Wenn der Schiedsvertrag sich auf einen durch den Schiedsspruch entschiedenen Anspruch oder Streitpunkt nicht bezieht oder wenn das Schiedsgericht über einen Anspruch oder Streitpunkt entschieden hat, welcher ihm zur Entscheidung nicht vorgelegt worden war (R. G. Leipzig, VIII, S. 379), so hat das Schiedsgericht die Grenzen seiner Aufgabe überschritten. Der Grundsatz ne eat judex ultra petitum ist nach Hayum (S. 70) auf Schiedssprüche unbedingt anwendbar.

6. Eine Anfechtung des Schiedsspruches aus meritorischen Gründen ist unzulässig (E. d. O. G. H., Nr. 11222), wenn derselbe nicht gegen zwingende Rechtsnormen verstößt. Da das

Digitized by Google

zwingende Recht Bestimmungen enthält, von welchen durch die Parteien nicht abgewichen werden kann, so fordert es schon die juristische Consequenz, dass solche Rechtssätze auch nicht durch einen mittels Parteivertrages zur Ordnung der Rechtsbeziehungen berufenen Schiedsrichter verletzt oder übergangen werden dürfen. Es würde sonst die Bestellung von Schiedsrichtern ein sich leicht darbietendes einfaches Mittel sein, um zu erzielen, was die Gesetzgebung eben dadurch auszuschließen versucht, dass sie gewissen Normen den Charakter zwingendes Rechtes beigelegt hat (Motive des Herrenhauses, S. 16).

Derartige zwingende Rechtsnormen enthalten die §§ 878, 879 a. b. G. B. über ungiltige Verträge, die §§ 1271, 1272 a. b. G. B. über Spiel und Wette. Wenn auf Grund eines Schiedsspruches Execution bewilligt wurde und dem Anspruche ein als Spiel oder Wette zu beurtheilendes Differenzgeschäft zugrunde liegt, so kann die Execution sowohl mittels Klage als auch mittels Recurs angefochten werden (Art. XXIX, E. G. z. E. O.).

7. Dass die Handlung erzwingbar sei, verlangt das Gesetz nicht, sie darf nur nicht verboten sein. Es genügt jedoch eine civilrechtliche oder processuale Unstatthaftigkeit, ein strafrechtliches Verbot ist nicht Voraussetzung (Wilmowski, S. 1211). Wenn der Verpflichtete den Schiedsvertrag mit Rücksicht auf die von Mitgliedern eines Unternehmerverbandes (Cartell) getroffene Verabredung eingegangen ist, wonach für seine gewerbliche Production erforderliche Stoffe, Werkzeuge oder sonstige Hilfsmittel im inländischen Verkehre nur unter der Bedingung veräußert werden sollen, dass sich der Käufer dem Spruche eines Schiedsgerichtes unterwerfe, so kann die Execution sowohl mittels Klage als auch mittels Recurs angefochten werden (Art. XXX, E. G. z. E. O.).

Die Voraussetzungen der Wiederaufnahmsklage berechtigen zur Anfechtung des Schiedsspruches vor dem Gerichte.

Die Bestimmungen über die Nichtigkeitsklage (§ 529) gelten für Schiedssprüche nicht, sofern sie nicht in den vorhergehenden Ziffern Berücksichtigung finden.

8. Auf die Anwendung der Bestimmungen des § 595 kann von den Parteien nicht verzichtet werden (§ 598). Nach Aufhebung des Schiedsspruches wegen formellen Mangels ist das Schiedsgericht zur Abgabe eines weiteren Schiedsspruches nicht berufen. Der Schiedsvertrag über eine zwischen den Parteien streitige Frage ist erledigt, wenn die Schiedsrichter über diese Frage einen Spruch gefällt haben.

Digitized by Google

Damit dieselben einen neuen Spruch zu fällen berechtigt wären, müsste zwischen den Parteien ein neuer Schiedsvertrag abgeschlossen werden oder der abgeschlossene Schiedsvertrag müsste eine diesbezügliche Bestimmung enthalten (R. G. Leipzig, Fuchsberger, Ergänzungsband S. 472).

§ 596. Wird auf Aufhebung eines Schiedsspruches geklagt, so ist die Klage bei dem im § 582 bezeichneten Gerichte anzubringen.

Sie ist, wenn sie auf einen der im § 595, Z. 1 bis 7, angegebenen Gründe gestützt wird, bei sonstigem Ausschlusse binnen der Frist von drei Monaten zu erheben. Diese Frist beginnt mit dem Tage, an welchem der Partei der Schiedsspruch zugestellt wurde, wenn aber der Anfechtungsgrund erst später bekannt wurde, mit dem Tage, an welchem die Partei vom Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat.

Im Falle des § 595, Z. 8, ist die Frist für die Klage nach den Bestimmungen über die Wiederaufnahmsklage zu beurtheilen.

1. Der Schiedsspruch kann nicht bloß im Wege der Anfechtungsklage außer Kraft gesetzt, sondern die Unwirksamkeit des Schiedsspruches kann auch incidenter in einem anderen Processe im Wege der Einrede geltend gemacht werden (Motive des Ausschusses, S. 55). Bezüglich der Erfordernisse der Klage sind beim Mangel abweichender Specialbestimmungen die Vorschriften der §§ 226 ff. maßgebend. Wesentliches Erfordernis der Klage ist darnach die bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Anspruches. Es genügt also nicht, in der Klage den Schiedsspruch im allgemeinen als anfechtbar oder als der Aufhebung unterliegend zu bezeichnen, vielmehr müssen diejenigen Thatsachen, welche den Antrag auf Aufhebung begründen sollen, bestimmt angegeben werden.

Bilden somit hier die in der Klage angegebenen Aufhebungsgründe den Grund des erhobenen Anspruches, so folgt daraus gemäß § 235, dass in dem nachträglichen Vorbringen neuer, auf anderen thatsächlichen Voraussetzungen beruhender Aufhebungsgründe eine Klageänderung zu finden ist. Uebrigens bestimmt § 596 nicht, dass die Aufhebung des Schiedsspruches nur einmal beantragt werden könne, dass die Abweisung der Aufhebungsklage den Verlust auch solcher Aufhebungsgründe nach sich ziehe, deren Geltendmachung im Processe nicht erfolgt ist, aber doch möglich gewesen wäre. Wie das Gericht bei seiner Entscheidung über die Aufhebungsklage nur die vom Kläger angeführten Aufhebungsgründe berücksichtigen

Digitized by Google

darf, so werden auch nur diese Gründe mit der Abweisung der Klage endgiltig beseitigt (R. G. Leipzig, XXIII, S. 433).

Mit der Klage auf Aufhebung des Schiedsspruches kann gleichzeitig die Entscheidung des ordentlichen Gerichtes in der Sache selbst angerufen werden.

2. Die Frist zur Erhebung der Klage ist keine Processfrist, sondern eine Präclusivfrist (§ 123, Anm. 3). Auf dieselbe finden daher wohl die Vorschriften über die Berechnung der Fristen (§ 125), über die Einrechnung der Sonn- und Feiertage, über das Ende der Frist am nächsten Werktag, wenn der letzte Tag der Frist auf einen Sonn- oder Feiertag fällt (§ 126) und über die Nichteinrechnung der Tage des Postenlaufes (§ 89, Ges. vom 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.) Anwendung. Dagegen können die Bestimmungen über Verlängerung und Abkürzung der Fristen (§§ 128, 129) und über den Einfluss der Gerichtsferien auf den Lauf der Fristen (§ 225) auf dieselben keine Anwendung finden. Eine Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Frist ist ausgeschlossen. Für die gemäß Art. XXIX, XXX E. G. z. E. O. zulässigen Klagen (§ 595, Anm. 6, 7) gilt die Frist nicht.

Die Zulässigkeit der Anfechtung von Schiedssprüchen, die vor dem Beginne der Wirksamkeit der Civilprocessordnung gefällt wurden, richtet sich nach den bisherigen gesetzlichen Vorschriften (Art. LIII E. G.).

§ 597. Ueber die Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruches ist nach den allgemeinen Vorschriften dieses Gesetzes zu verfahren.

§ 598. Auf die Anwendung der Bestimmungen der §§ 586, 592 und 595 kann von den Parteien weder im Schiedsvertrage, noch im Wege einer anderen Vereinbarung verzichtet werden.

§ 599. Die Vorschriften dieses Abschnittes finden auf Schiedsgerichte sinngemäße Anwendung, die in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung der streitenden Theile beruhende Verfügungen oder durch Statuten angeordnet werden. Die Anwendung der §§ 586, 592 und 595 kann auch nicht durch einseitige Verfügungen oder durch Statutenbestimmungen wirksam ausgeschlossen werden.

Die in Gemäßheit des Gesetzes vom 15. November 1867, R.-G.-Bl. Nr. 134, zur Schlichtung von Streitigkeiten aus dem Vereinsverhältnisse errichteten Schiedsgerichte sind den Bestimmungen dieses Abschnittes nicht unterworfen.

Digitized by Google

1. Durch Art. XII, Z. 6 E. G. bleiben die gesetzlichen Vorschriften, durch welche Körperschaften, Anstalten und Vereine das Recht erhalten haben, zur Entscheidung gewisser Streitigkeiten Schiedsgerichte zu bestellen, unberührt. Nur diese und die sonstigen nicht auf Vereinbarung der Parteien beruhenden, jedoch der Privatautonomie entstammenden Schiedsgerichte sind den Bestimmungen der Civilprocessordnung unterworfen, während die auf öffentlicher Anordnung beruhenden Schiedsgerichte nach den besonderen gesetzlichen Bestimmungen geregelt werden (Art. XII, Z. 1—5 E. G.).

2. Ausländische Actiengesellschaften und Commanditgesellschaften auf Actien, welche auf Grund der kaiserlichen Verordnung v. 29. November 1865, Z. 127 R.-G.-Bl., zum Geschäftsbetriebe in Oesterreich zugelassen werden, sind als Geklagte den österreichischen Gerichten unterworfen. Falls statutenmäßig eine schiedsgerichtliche Entscheidung einzutreten hat, ist für derlei Angelegenheiten nur ein in Oesterreich zu bestellendes Schiedsgericht zuständig (Art. IV dieser Verordnung).

3. Nach § 2 des Gesetzes vom 29. Juni 1868, Nr. 85 R.-G.-Bl., entscheiden die Handels- und Gewerbekammern infolge eines von den Betheiligten geschlossenen Uebereinkommens und mit Beachtung der diesbezüglichen speciellen Vorschriften als Schiedsgerichte in Streitigkeiten über Handels- und Gewerbeangelegenheiten.

4. Das Reglement über die nach dem Gesetze v. 28. April 1889, Z. 64 R.-G.-Bl., zu errichtenden Lagerhäuser hat nach § 9, Z. 6, Bestimmungen über das Schiedsgericht zu enthalten. Für den Fall, als sich die Parteien dem im Reglemente vorgesehenen Schiedsgerichte unterwerfen, ist dasselbe nach § 11 zur Entscheidung von Streitigkeiten aus Lagerhausgeschäften berufen. Die übrigen Bestimmungen des § 11 L. H. G. über die Frist zur Klage auf Ungiltigkeit des Schiedsspruches sind durch die Civilprocessordnung aufgehoben (Motive z. E. G., S. 10).

5. Die Statuten eines nach dem Gesetze vom 26 Nov. 1852, Nr. 253 R.-G.-Bl. errichteten Vereines haben nach § 9 dieses Gesetzes deutlich und bestimmt ersichtlich zu machen, wie zur Schlichtung der aus dem Vereinsverhältnisse entspringenden Streitigkeiten vorgegangen werden soll. Die Statuten der nach dem Gesetze vom 16. Juli 1892, Nr. 202 R.-G.-Bl. errichteten registrierten Hilfscassen haben Bestimmungen über die Zusammensetzung des Schiedsgerichtes und das Verfahren in Streitigkeiten zwischen der Casse und ihren Mitgliedern zu enthalten, dasselbe entscheidet in Streitigkeiten der versicherten Personen und der Casse (§ 12).

Digitized by Google

6. Für Streitigkeiten aus dem Frachtgeschäfte der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen ist nach der Verordnung vom 19. Mai 1875, Nr. 78 R.-G.-Bl., das unter Mitwirkung der Handels- und Gewerbekammer in Wien constituierte Schiedsgericht auf Grund der Bestimmungen des Art. VII, Ges. vom 23. März 1874, Nr. 29 R.-G.-Bl., für zulässig erklärt worden. Für die Börsenschiedsgerichte endlich treffen die Art. XIII ff. des Einführungs-Gesetzes besondere Bestimmungen.

7. Das Gesetz vom 14. August 1896, Nr. 156 R.-G.-Bl., betreffend die Errichtung von Genossenschaften beim Bergbau regelt in den §§ 29—31 die bei diesen Genossenschaften zu bestellenden Schiedsgerichte für Lohnstreitigkeiten. Den Gewerbegenossenschaften obliegt nach § 114 lit. c des Gesetzes vom 15. März 1883, Nr. 39 R.-G.-Bl., die Bildung eines schiedsgerichtlichen Ausschusses zur Austragung der zwischen den Genossenschaftsmitgliedern und ihren Hilfsarbeitern aus den Arbeits-, Lehr- und Lohnverhältnissen entstehenden Streitigkeiten.

Fünfter Abschnitt: **Verfahren in Streitigkeiten wegen der von richterlichen Beamten zugefügten Rechtsverletzungen.**

§ 600. Für das Verfahren in Streitigkeiten über Klagen, welche auf Grund des Gesetzes vom 12. Juli 1872, R.-G.-Bl. Nr. 112, wegen Rechtsverletzungen durch richterliche Beamte gegen dieselben oder gegen den Staat erhoben werden, sind die Vorschriften dieser Civilprocessordnung in der Art maßgebend, dass für das Verfahren vor dem zur Entscheidung über eine solche Klage in erster Instanz zuständigen Oberlandesgerichte die Vorschriften des zweiten Theiles, für das Berufungsverfahren vor dem obersten Gerichthofe die im ersten Abschnitte des vierten Theiles der Civilprocessordnung enthaltenen Bestimmungen zu gelten haben.

§ 601. Die nach § 12 des Gesetzes vom 12. Juli 1872, R.-G.-Bl. Nr. 112, vorgeschriebene Mittheilung über die Anbringung der Klage ist der zuständigen Disciplinarbehörde durch den Vorsitzenden des Senates, dem die Rechtssache zugewiesen ist, zu machen.

Das Processgericht kann selbst vor der für die mündliche Verhandlung bestimmten Tagsatzung auf Antrag oder von amtswegen anordnen, dass der Rechtsstreit bis zur Beendigung des Disciplinarverfahrens ausgesetzt werde, wenn das endliche Er-

Digitized by Google

gebnis des letzteren oder die Benützung der auf dem Disciplinarwege zu pflegenden Erhebungen für die Entscheidung des Processes voraussichtlich von Einfluss ist. Nach Einlangen der Mittheilung über das Ergebnis des beendeten Disciplinarverfahrens hat das Processgericht die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung von amtswegen anzuordnen.

§ 602. In Ansehung der Einbringung des Rückersatzes mittels Zahlungsbefehles (§ 19 des Gesetzes vom 12. Juli 1872, R.-G.-Bl. Nr. 112) und des der Erlassung des Zahlungsbefehles nachfolgenden Verfahrens sind die Vorschriften über das Mandatsverfahren mit der Abweichung anzuwenden, dass zur Erlassung des Zahlungsauftrages das Processgericht ausschließlich zuständig ist und die Einwendungen gegen den Zahlungsauftrag bei demselben anzubringen sind.

Digitized by Google

Das Gesetz vom 12. Juli 1872,

Nr. 112 R.-G.-Bl.

Syndicatsprocess.

---

§ 1. Wenn ein richterlicher Beamter in der Ausübung seiner amtlichen Wirksamkeit durch Uebertretung seiner Amtspflicht einer Partei eine Rechtsverletzung und dadurch einen Schaden zugefügt hat, gegen welchen die in dem gerichtlichen Verfahren vorgezeichneten Rechtsmittel eine Abhilfe nicht gewähren, so ist die beschädigte Partei nach Maßgabe dieses Gesetzes berechtigt, den Ersatz des Schadens mittels Klage gegen den schuldtragenden richterlichen Beamten allein oder gegen den Staat allein, oder gegen beide anzusprechen.

Der schuldtragende richterliche Beamte haftet als Hauptschuldner, und der Staat kraft dieses Gesetzes gleich einem Bürgen und Zahler.

1. Was unter „richterlichen Beamten" im Sinne dieses Gesetzes zu verstehen ist, wird im § 4 näher ausgeführt. Voraussetzung des Syndicatsanspruches ist die Uebertretung der Amtspflicht einer solchen Person. Dieselbe kann eine dolose oder culpose sein, auch culpa levis kann genügen und sind in dieser Richtung die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes maßgebend (Zistler, Gerichthalle, 1891, S. 160). Nicht jedes auf einer unrichtigen Gesetzesauffassung oder auf einer unzutreffenden Würdigung der Verhältnisse beruhende Vorgehen eines Richters lässt sich als Uebertretung seiner Amtspflicht würdigen (E. d. O. G. H. Nr. 12054).

Wenn es sich aber nicht bloß um eine Rechtsansicht, eine irrige Auslegung des Gesetzes, sondern um die völlige Außerachtlassung der klaren gesetzlichen Vorschrift handelt, so liegt eine Verletzung der Amtspflicht vor, denn nach § 46 Ger.-Instr. darf der Richter von der Vorschrift des Gesetzes nicht willkürlich abweichen und es begründet eine solche Abweichung eine Verletzung der Amtspflichten, für welche der betreffende

Digitized by Google

Beamte nach § 59 G.-Inst., dann der §§ 1, 3, 6 und 15 des Ges. v. 12. Juli 1874 verantwortlich und haftbar bleibt (E. d. O. G. H., Nr. 13137).

Außer solchen Fällen doloser oder culposer Gesetzesverletzung bei der Rechtsprechung ist es sohin vornehmlich das Gebiet der Justizverwaltung, auf dem solche Verletzungen der Amtspflicht vorkommen, hier aber auch dann, wenn der Schade nicht durch ein Dienstvergehen, sondern durch eine Ordnungswidrigkeit gesetzt wurde, da auch die letztere eine Pflichtverletzung in sich schließt (E. d. O. G. H., Nr. 13286). So wurde mit dieser E. die Verwendung eines Diurnisten als Feilbietungscommissär, mit der E. Nr. 12673 die unterlassene Wahrung der Rechte der Afterhypothekare auf die vom Hypothekarschuldner für die Hypothekargläubiger zu Gericht erlegte Schuldsumme auch ohne Anmerkung dieser Rechte im Depositenbuche, mit der E. Nr. 12728 die unterlassene Führung des Waisenbuches und des Betreibungsprotokolles, durch welche eine Veruntreuung seitens des Vormundes möglich wurde, mit der E. Nr. 9705 die Genehmigung des Ankaufes nicht pupillarsicherer Wertpapiere als eine Verletzung der Amtspflicht erklärt, in letzterem Falle aber die Zulässigkeit der Theilung des Schadens zwischen dem Richter und dem Vormunde nach § 1332 a. b. G. B. ausgesprochen.

Als ein besonderer Fall der Verletzung der Amtspflicht wird im § 27 die gesetzwidrig verfügte oder verlängerte Verhaftung bezeichnet, dagegen im Art. XXIII E. G. z. E. O. die Haftung des Staates oder eines richterlichen Beamten für die Unterlassung der fruchtbringenden Anlegung der im Executionsverfahren deponierten Barbeträge ausgeschlossen.

2. Die Haftung des Staates und der richterlichen Beamten ist eine subsidiäre insoferne, als dieselbe entfällt, wenn von den in dem gerichtlichen Verfahren vorgezeichneten Rechtsmitteln kein Gebrauch gemacht worden ist (Zistler, S. 168).

Die Ansicht Ullmanns (S. 434), dass die Klage begründet sei, wenn die Rechtsmittel versäumt wurden, dürfte den Gesetzesmotiven nicht entsprechen, welche ausführen, dass keine Ersatzpflicht besteht, weil die Partei ihren Schaden selbst verschuldet, wenn sie von den ihr durch das Gesetz gebotenen Mitteln keinen Gebrauch macht. Unter den Rechtsmitteln kann nur die Vorstellung und Beschwerde an die höhere Instanz vermittels Recurs, Appellation, Revision oder Nullität gemeint sein. Es kann die Zulässigkeit der Klage nicht davon abhängen, ob für den Schaden allenfalls dadurch Abhilfe geschafft werden könne, dass dritte Personen aus einem anderen Rechtstitel

Digitized by Google

vorerst fruchtlos um den fraglichen Betrag geklagt und exequiert wurden (E. d. O. G. H. Nr. 13286). Frühere Entscheidungen, so die E. Nr. 12728, haben allerdings auch die Ersatzklage und die Execution gegen die in erster Linie im Verschulden stehende Person zu den Rechtsmitteln gerechnet. Schuster von Bonnott (S. 544) rechnet auch die Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage zu den Rechtsmitteln, wohl gleichfalls mit Unrecht, weil nicht abzusehen ist, warum z. B. bei einer strafrechtlich verfolgbaren Amtswidrigkeit des Richters die Haftung geringer sein sollte, als bei einer einfachen Ordnungswidrigkeit.

§ 2. Ist die Klage gegen einzelne schuldtragende richterliche Beamte gerichtet, so wird zur Begründung derselben gegenüber jedem Beklagten der Beweis erfordert, dass der Rechtsverletzung die Uebertretung einer Amtspflicht von Seite der einzelnen Beklagten zu Grunde liege.

Wird die Klage gegen den Staat allein erhoben, so genügt der Beweis, dass die Rechtsverletzung nur durch Uebertretung einer Amtspflicht von Seite richterlicher Beamten desjenigen Gerichtes erfolgen konnte, von welchem die Amtshandlung ausgegangen ist.

§ 3. Wird der Ersatzanspruch aus einem das Recht der Partei verletzenden Beschlusse eines Collegialgerichtes abgeleitet, so können die schuldtragenden richterlichen Beamten allein oder zugleich mit dem Staate nur dann mittels Klage belangt werden, wenn dieselben dem Kläger im Wege eines strafgerichtlichen Verfahrens bekannt geworden sind.

Der schuldtragende Beamte haftet als Hauptschuldner, der Staat gleich einem Bürgen und Zahler (§ 1357 a. b. G. B.). Für die gemeinschaftlichen Klagen kommen die Bestimmungen der Civilprocessordnung über Streitgenossenschaft (§§ 11—15) zur Anwendung (§ 9).

Für den Beschluss eines Collegialgerichtes haften alle Votanten, die für denselben gestimmt haben, jedoch nur dann, wenn nicht eine unvollständige oder unrichtige Darstellung des Sachverhaltes seitens des Berichterstatters vorliegt (§ 6). Der Vorgesetzte des schuldtragenden richterlichen Beamten haftet nur dann, wenn auch er sich einer Uebertretung der Amtspflicht schuldig gemacht hat, oder wenn ihm eine solche Haftung durch besondere gesetzliche Vorschriften auferlegt ist (§ 7).

§ 4. Richterliche Beamte im Sinne dieses Gesetzes sind die bei den Gerichtshöfen und den Bezirksgerichten zur Ausübung des Richteramtes oder sonst zu gerichtlichen Amtshandlungen an-

Digitized by Google

gestellten Staatsbeamten, sowie die zur Vornahme gerichtlicher Amtshandlungen abgeordneten Gerichtscommissäre (Notare).

Denselben werden in Betreff der Anwendung dieses Gesetzes gleichgestellt die zur Ausübung des Richteramtes bestellten fachmännischen Beisitzer der Handels-, See- und Berggerichte, dann die bei den Gerichten zur Vornahme gerichtlicher Amtshandlungen angestellten Diener und die bei den landesfürstlichen Steuerämtern angestellten Staatsbeamten und Diener, bezüglich ihrer Amtshandlungen mit gerichtlichen Depositen- und Waisengeldern.

Die Beamten der Staatsanwaltschaft sind als richterliche Beamte nicht anzusehen.

In Betreff der Hypothekenbewahrer in Dalmatien bleiben die bestehenden Gesetze in Kraft.

Haftpflichtig sind sohin sowohl die Richter im Sinne des Staatsgrundgesetzes, als die richterlichen Hilfsbeamten (§§ 1 ff. Ges. vom 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl.). Außerdem werden durch Art. XII E. G. z. J. N. auch Vollstreckungsbeamte dem Gesetze vom 12. Juli 1872 unterstellt. Die bei dem Gerichte angestellten Kanzleibeamten sind zu gerichtlichen Amtshandlungen angestellte Staatsbeamte, daher gleichfalls haftpflichtig. Von der Anwendung des Gesetzes sind dagegen Rechtspraktikanten und Diurnisten nach den Motiven ausgeschlossen. Desgleichen findet das Gesetz keine Anwendung auf Fälle, in welchen behauptet wird, dass durch Uebertretung einer Amtspflicht von Seite eines oder mehrerer Mitglieder des Obersten Gerichtshofes jemandem eine Rechtsverletzung und damit ein Schaden zugefügt worden sei (E. d. O. G. H. Nr. 10087). Diese Entscheidung bekämpft Zistler (S. 176) mit Verweisung auf die Regierungsmotive, welche anführen, dass den Obergerichten die erforderliche Unbefangenheit auch gegenüber den Mitgliedern des Obersten Gerichtshofes zugetraut werden kann.

Die Haftpflicht des Beamten geht auf dessen Erben über (§ 26).

§ 5. In welchem Maße und, wenn mehrere Personen beklagt werden, in welchem Verhältnisse von denselben der Ersatz angesprochen werden könne, inwieweit ein Regress stattfinde, und wann die Ersatz- und Regresspflicht erlösche, ist, sofern in diesem Gesetze nichts anderes bestimmt ist, nach den Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes zu beurtheilen.

Vergl. §§ 1301—1304, 1489 a. b. G. B.

§ 6. Für die in einer Rathsversammlung beschlossene Entscheidung oder Verfügung haften alle Stimmführer, welche für dieselbe gestimmt haben.

Digitized by Google

Beruht jedoch der Beschluss auf einer unvollständigen oder unrichtigen Darstellung des Sachverhaltes von Seite eines Berichterstatters, so sind die Stimmführer, insoferne ihnen nicht die Außerachtlassung der ihnen gesetzlich obliegenden Sorgfalt zur Last fällt, von aller Haftung frei.

§ 7. Die Haftung eines richterlichen Beamten für den Schaden erstreckt sich auf dessen Vorgesetzten nur dann, wenn auch dieser sich einer Uebertretung der Amtspflicht schuldig gemacht hat, oder wenn ihm eine solche Haftung durch besondere gesetzliche Vorschriften auferlegt ist.

§ 8. Für die Klage zur Geltendmachung des Ersatzanspruches ist derjenige Gerichtshof der zweiten Instanz zuständig, in dessen Sprengel das Gericht seinen Sitz hat, von welchem oder von dessen Bestellten die Rechtsverletzung ausgegangen ist.

Wird der Ersatzanspruch aus einer Verfügung des Präsidenten oder aus einem collegialgerichtlichen Beschlusse desselben Oberlandesgerichtes abgeleitet, welches nach den Bestimmungen des vorhergehenden Absatzes für die Klage zuständig ist, so hat der Oberste Gerichtshof auf Verlangen des Klägers oder des Beklagten ein anderes Oberlandesgericht zur Verhandlung und Entscheidung zu delegieren. Im übrigen kommen bezüglich der Befangenheit der Richter und Gerichte die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung.

Diese Bestimmungen sind ausdrücklich aufrecht erhalten durch Art. VI, Z. 4 E. G. z. J. N. und § 80 J. N. Zuständig bleiben in erster Instanz die Oberlandesgerichte auch für Ersatzklagen gegen Bezirksgerichte.

Das Verfahren, für welches Anwaltszwang gilt (E. d. O. G. H., Nr. 7919), richtet sich nach den für die Gerichtshöfe erster Instanz im zweiten Theile der Civilprocessordnung gegebenen Vorschriften (§ 600). Die Ablehnungs- und Ausschließungsgründe sind die allgemeinen der §§ 19 ff. J. N.

§ 9. Zur Vertretung des beklagten Staates ist die Finanzprocuratur am Sitze des Processgerichtes berufen.

Wird die Klage zugleich gegen den Staat und gegen die schuldtragenden Beamten oder gegen mehrere richterliche Beamte erhoben, so kommen die Bestimmungen der Civilprocessordnung über Streitgenossen zur Anwendung.

Vergl. §§ 11—15 C. P. O.

§ 10. In der Klage hat die Partei die Thatsachen, aus welchen sie ihre Ansprüche gegen den Geklagten herleitet, sowie den Gegenstand und Umfang des erlittenen Schadens zu bezeichnen

Digitized by Google

und in Betreff des angesprochenen Ersatzes ein bestimmtes Begehren zu stellen.

Die Beweismittel hat die Partei nach Thunlichkeit beizubringen oder zu bezeichnen.

Die Klage richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften über vorbereitende Schriftsätze (§§ 75 ff.) und über Klagen (§ 226). Eine Feststellungsklage ist im Syndicatsverfahren ausgeschlossen, nachdem die Klage den Umfang des erlittenen Schadens zu bezeichnen und betreffs des Ersatzes ein bestimmtes Begehren zu stellen hat. Feststellungsanträge sind zulässig.

§ 11. Das Processgericht hat Klagen, welche den Bestimmungen des § 10 nicht entsprechen, von amtswegen zuzückzuweisen, außer diesem Falle aber das gerichtliche Verfahren einzuleiten, wofür, insoferne in diesem Gesetze nichts anderes bestimmt ist, die Vorschriften der Civilprocessordnung über das ordentliche Verfahren zur Anwendung kommen.

Gegen die von amtswegen erfolgte Zurückweisung der Klage steht dem Kläger der Recurs an den obersten Gerichtshof offen.

Außer dem im § 10 vorgeschriebenen Inhalte der Klage: Anführung der Thatsachen, des Gegenstandes und Umfanges des erlittenen Schadens und des bestimmten Begehrens, wird das Processgericht auch die Zuständigkeit, die formellen Erfordernisse, die Processfähigkeit und die etwa erforderliche gesetzliche Vertretung (§ 230, Anm. 2 bis 4) zu prüfen haben, ohne jedoch in die Erörterung des logisch und juristisch richtigen Aufbaues der Klage — in das meritum der Sache — einzugehen. Zu der Prüfung der Zuständigkeit gehört jedoch auch die Frage, ob der in der Klage behauptete Thatbestand sich unter die Bestimmungen des § 1 subsumieren lasse, ob die Uebertretung der Amtspflicht eines richterlichen Beamten in der Ausübung seiner ämtlichen Wirksamkeit behauptet werde, da sonst nicht das Syndicatsgericht, sondern das gewöhnliche Gericht für die Klage zuständig ist. So wurde mit der E. d. O. G. H. vom 2. April 1879, Z. 3695, G. H. 1879, S. 353 eine Syndicatsklage, welche sich auf die Aufnahme eines Stempelbefundes stützte, zurückgewiesen, weil diese Thatsache als eine in Ausübung der ämtlichen Wirksamkeit eines Richters durch Uebertretung der Amtspflicht zugefügte Rechtsverletzung nicht angesehen werden könne (A. M. Zistler, S. 176).

§ 12. Bei Einleitung des gerichtlichen Verfahrens hat das Processgericht von der überreichten Klage derjenigen Behörde Mittheilung zu machen, welche zur Disciplinaramtshandlung in

Digitized by Google

Ansehung der behaupteten Uebertretung der Amtspflicht berufen ist.

Diese Behörde hat nach beendeter Disciplinaramtshandlung das Ergebnis derselben dem Processgerichte mitzutheilen.

Die Parteien sind berechtigt, von dieser Mittheilung bei dem Processgerichte Einsicht zu nehmen und Abschriften zu erheben.

Die Mittheilung an die Disciplinarbehörde hat nach § 601 durch den Vorsitzenden zu erfolgen. Von dem Einlangen der Mittheilung der Disciplinarbehörde werden die Parteien im Sinne des § 286 durch den Vorsitzenden zu verständigen sein.

§ 13. Den Processparteien steht außerdem frei, bei der Disciplinarbehörde zu verlangen, dass ihnen von den Acten der beendeten Disciplinaruntersuchung Einsicht und Abschriften zu nehmen gestattet werde.

Schriftstücke, welche für den Process über die Ersatzleistung als unerheblich erscheinen, sind zur Ertheilung von Einsicht und Abschriften nicht geeignet. Dasselbe gilt von Schriftstücken, durch welche die Abstimmung richterlicher Beamten geoffenbart würde, es sei denn, dass der Partei die Abstimmung schon im Wege der strafgerichtlichen Untersuchung bekannt geworden ist, oder dass die Schriftstücke die Abstimmung solcher richterlicher Beamten betreffen, welche wegen dieser Abstimmung im Disciplinarwege verurtheilt worden sind.

Gegen die Verfügung der Disciplinarbehörde steht dem Gesuchsteller der Recurs an die vorgesetzte Disciplinarbehörde offen.

Zufolge der richterlichen Processleitungsbefugnis wird der Vorsitzende berechtigt sein, von amtswegen (§ 183) oder über Antrag der Parteien (§ 257) für die Herbeischaffung dieser Acten zu sorgen.

§ 14. Jede Processpartei kann begehren, dass das Processverfahren bis zur Beendigung der Disciplinaramtshandlung ausgesetzt werde, wenn das endliche Ergebnis der letzteren oder die Benützung der im Disciplinarwege zu pflegenden Erhebungen für die Entscheidung des Processes voraussichtlich von Einfluss ist.

Gegen die über ein solches Begehren erfolgte Entscheidung des Processgerichtes ist der Recurs zulässig.

Nach § 601 kann das Processgericht die Aussetzung des Verfahrens auf Antrag oder von amtswegen auch noch vor der für die mündliche Verhandlung bestimmten Tagsatzung (§§ 230, 239) verfügen.

Digitized by Google

Nach Beendigung des Disciplinarverfahrens ist sodann die Verhandlungstagsatzung von amtswegen anzuordnen.

Die Aussetzung hat nicht die Wirkung der Unterbrechung des Verfahrens (§ 163). Es wird nur die Aussetzung der Verhandlung verfügt, während der Lauf der Fristen nicht aufhört.

Die Entscheidung der Disciplinarbehörde ist für den Civilrichter nicht bindend.

Die Präjudicialität von Straferkenntnissen ist nach § 268 auf verurtheilende Erkenntnisse der Strafgerichte beschränkt. Das Disciplinarverfahren bietet nicht in so weitgehendem Maße jene Garantie für die Uebereinstimmung des Urtheils mit der Wahrheit, welche ein rein mündlicher und unmittelbarer Anklageprocess gewährt, und welche eben das Hauptargument für das Postulat des bindenden Einflusses eines Strafurtheiles auf die Entscheidung über die connexe Civilsache bildet (Zistler, S. 175).

Bei bejahender Lösung dieser Frage würde die Ersatzpflicht in quali im officiösen Disciplinarverfahren ausgetragen, in welchem der beschädigten Partei eine processuale Stellung nicht eingeräumt ist und ein Rechtsmittel nicht zusteht (Gesetzesmotive).

Auch die Einstellung des Disciplinarverfahrens ist auf die Entscheidung über die Syndicatsklage ohne Einfluss. Das Verfahren ist durch ein Disciplinarerkenntnis nicht bedingt. Nur für den Zahlungsauftrag nach § 19 ist ein straf- oder disciplinargerichtliches Erkenntnis Voraussetzung.

§ 15. Ist die Klage gegen den Staat erhoben worden, so kann derselbe denjenigen richterlichen Beamten, welche er für die den Ersatzanspruch begründende Rechtsverletzung haftend erachtet, und welche nicht als Mitbeklagte belangt worden sind, den Streit verkünden.

Wird der Ersatzanspruch aus dem Beschlusse eines Collegialgerichtes abgeleitet, so findet die Streitverkündigung an die stimmführenden richterlichen Beamten nur dann statt, wenn dieselben im Wege eines strafgerichtlichen Verfahrens bekannt geworden sind, oder wenn dieselben in einer gegen sie abgeführten Disciplinaruntersuchung wegen ihrer diesen Beschluss betreffenden Abstimmung oder Berichterstattung endgiltig schuldig erkannt worden sind.

Die Streitverkündigung erfolgt durch Zustellung beglaubigter Abschriften der bis zu dem Zeitpunkte der Streitverkündigung gepflogenen Processverhandlung.

Digitized by Google

Auf Grund der Streitverkündigung kann der richterliche Beamte dem beklagten Staate als Vertretungsleister beitreten.

Die Streitverkündigung wird sich nach den allgemeinen Vorschriften des § 21 zu richten haben. Nachdem dieselbe nicht nur mittels Schriftsatzes, sondern auch außergerichtlich, mündlich, schriftlich, oder durch notarielle Beurkundung erfolgen kann (§ 21, Anm. 5), so ist die im zweiten Absatze enthaltene Beschränkung nur als Directive für die Finanzprocuratur anzusehen, berechtigt aber das Processgericht nicht, die Zustellung der Streitverkündigung mangels Nachweises der gesetzlichen Voraussetzungen abzulehnen. Einwendungen, welche die Beamten trotz der an sie ergangenen Streitverkündigung im Hauptverfahren anzubringen versäumt haben, können im Rückersatzprocesse nicht mehr geltend gemacht werden (§ 22).

§ 16. Ueber Thatsachen, bezüglich welcher den richterlichen Beamten die amtliche Pflicht der Verschwiegenheit obliegt, ist der Beweis durch den Eid dieser Beamten unzulässig, es mögen dieselben als Beklagte oder als Vertretungsleister in dem Processe auftreten.

An Stelle dieser Bestimmung treten die Vorschriften der §§ 320, 372, wonach Staatsbeamte, wenn sie durch ihre Aussage das ihnen obliegende Amtsgeheimnis verletzen würden, als Parteien zum Zwecke der Beweisführung nicht vernommen werden dürfen, insofern sie der Pflicht zur Geheimhaltung nicht durch ihre Vorgesetzten entbunden sind.

§ 17. Gegen die in dem Processe gefällten Urtheile und gegen die im Laufe des Verfahrens getroffenen Entscheidungen und Verfügungen sind, insoferne in diesem Gesetze nichts anderes bestimmt ist, die Rechtsmittel zulässig, welche nach den Bestimmungen der Civilprocessordnung gegen Urtheile, Entscheidungen und Verfügungen eines Gerichtes der ersten Instanz ergriffen werden können.

Ueber diese Rechtsmittel entscheidet der Oberste Gerichtshof endgiltig.

Für das Berufungsverfahren vor dem obersten Gerichtshof haben nach § 600 die allgemeinen Vorschriften über das Berufungsverfahren (erster Abschnitt des vierten Theiles) zu gelten.

§ 18. Derselbe ist aufgehoben (Art. I, E. O.) und an dessen Stelle tritt die Bestimmung des § 4, Z. 1 E. O., wonach die Bewilligung der Execution dem Syndicatsgerichte erster Instanz zusteht.

Digitized by Google

§ 19. Hat der Staat infolge einer nach diesem Gesetze gegen ihn erhobenen Klage Ersatz geleistet, so kann er bei dem Processgerichte beantragen, dass denjenigen richterlichen Beamten, deren Verschulden durch ein gegen sie ergangenes straf- oder disciplinargerichtliches Erkenntnis festgestellt ist, die Leistung des Rückersatzes mittels Zahlungsbefehles aufgetragen werde.

War die Klage gegen den Staat und die richterlichen Beamten erhoben worden, so kann der Zahlungsbefehl zur Leistung des Rückersatzes nicht erlassen werden, wenn das im Ersatzprocesse gegen die mitgeklagten Beamten ergangene Urtheil, sei es in Ansehung der als haftungspflichtig erklärten Personen, sei es in Ansehung der Art oder des Quotenverhältnisses ihrer Haftung, mit dem straf- oder disciplinargerichtlichen Erkenntnisse nicht im Einklange steht.

Soll der Zahlungsbefehl gegen mehrere richterliche Beamte erlassen werden, so ist denselben der Rückersatz, wenn sich aus dem im Hauptprocesse ergangenen Urtheile oder aus dem strafgerichtlichen Erkenntnisse nicht ein anderes Verhältnis ergibt, zu gleichen Theilen aufzuerlegen.

Das Rückgriffverfahren des Staates gegen den oder die schuldtragenden Beamten kann entweder nach den Vorschriften über das Mandatsverfahren (§§ 548—554) vor dem nach § 602 ausschließlich zuständigen Oberlandesgerichte oder im ordentlichen Rechtswege vor dem gewöhnlichen Gerichte (§ 21) durchgeführt werden.

Voraussetzung der Erlassung eines Zahlungsbefehles ist außer den allgemeinen Voraussetzungen des § 548, dass der Staat Ersatz geleistet hat, dass er infolge einer Syndicatsklage Ersatz geleistet hat, und dass ein straf- oder disciplinargerichtliches Erkenntnis vorliegt. Es ist sohin einerseits nicht erforderlich, dass über die Syndicatsklage durch Urtheil entschieden worden sei; es genügt vielmehr schon eine Entschädigung der klagenden Partei infolge der Klage. Andererseits kann aber hier unter einem disciplinargerichtlichen Erkenntnisse nur das Erkenntnis des zuständigen Disciplinargerichtes verstanden werden.

Als zuständige Disciplinargerichte wurden aber im § 8, Ges. v. 21. Mai 1868 ausdrücklich nur die Oberlandesgerichte und der Oberste Gerichtshof erklärt und nur diesen, nicht aber auch den Präsidenten der Gerichtshöfe erster Instanz steht das Recht der Verhängung von Disciplinarstrafen zu (E. d. O. G. H., Nr. 8888).

Ist die Erlassung des Zahlungsbefehles unzulässig, so ist vom Oberlandesgerichte nicht das ordentliche Verfahren ein-

Digitized by Google

zuleiten (§ 554), sondern der Antrag zurückzuweisen, weil zu dem ordentlichen Verfahren die gewöhnlichen Gerichte berufen sind.

§ 20. Derselbe ist aufgehoben durch die Bestimmungen des § 602, wonach für die Einwendungen und das der Erlassung des Zahlungsbefehles nachfolgende Verfahren die allgemeinen Vorschriften über das Mandatsverfahren gelten.

Für den Mandatsprocess bleibt das Oberlandesgericht in erster Instanz zuständig.

§ 21. Wenn ein Zahlungsbefehl in Gemäßheit der Bestimmungen des § 19 nicht erlassen werden kann, so können die Rückersatzansprüche des Staates gegen die richterlichen Beamten nur im ordentlichen Rechtswege vor dem nach allgemeinen Grundsätzen zuständigen Gerichte erster Instanz geltend gemacht werden.

Die Hereinbringung des Rückersatzes im administrativen Wege ist ausgeschlossen.

§ 22. Dem Rückersatzanspruche des Staates, gleichviel, ob derselbe im ordentlichen Rechtswege geltend gemacht wird, oder ob über denselben ein Zahlungsbefehl erlassen worden ist, können die richterlichen Beamten solche Einwendungen nicht entgegensetzen, über welche in dem gegen sie als Mitbeklagte geführten Hauptprocesse verhandelt und entschieden worden ist, oder welche sie ungeachtet der an sie ergangenen Streitverkündigung in dem Hauptprocesse anzubringen versäumt haben.

Die folgenden §§ 23 bis 25 betreffen die Execution und werden bei Besprechung der Executionsordnung an passender Stelle ihren Platz finden.

§ 26. Wenn zur Zeit der Erhebung der Ersatzklage der schuldtragende richterliche Beamte bereits gestorben, oder wenn der Tod desselben im Laufe des Haupt- oder Rückersatzprocesses erfolgt ist, so kommen die Bestimmungen dieses Gesetzes sowohl bezüglich des Haupt- als bezüglich des Rückersatzprocesses auf die Verlassenschaft oder die Erben dieses Beamten zur Anwendung.

§ 27. Nach den Bestimmungen dieses Gesetzes ist auch vorzugehen, wenn der Ersatz auf Grund des Artikels 8 des Staatsgrundgesetzes vom 21. December 1867, Nr. 142 R.-G.-Bl., wegen einer von einem richterlichen Beamten gesetzwidrig verfügten oder verlängerten Verhaftung angesprochen wird.

§ 28. Die kaiserliche Verordnung vom 12. März 1859, R.-G.-Bl. Nr. 46, wird aufgehoben.

Die Bestimmungen der kaiserlichen Patente vom 10. Februar 1853, R.-G.-Bl. Nr. 26, und vom 22. September 1857, R.-G.-Bl.

Digitized by Google

Nr. 179, betreffend die Ersatzansprüche aus der Gerichtsverwaltung der Dominien, sowie die Bestimmungen des § 10 des Gesetzes vom 17. December 1862, R.-G.-Bl. Nr. 7 des Jahres 1863, über das Strafverfahren in Pressachen bleiben durch dieses Gesetz unberührt.

An Stelle des § 10 des Strafverfahrens in Pressachen ist der § 491 St. P. O. getreten, welcher den Ersatz des Schadens einer erloschenen oder aufgehobenen Beschlagnahme regelt.

§ 29. Ersatzansprüche, welche auf Grund einer der Wirksamkeit dieses Gesetzes vorhergegangenen Rechtsverletzung erhoben werden, sind nach den zur Zeit der erfolgten Rechtsverletzung in Wirksamkeit gestandenen gesetzlichen Bestimmungen zu beurtheilen.

Das Verfahren richtet sich in solchen Fällen nach den Bestimmungen dieses Gesetzes; es sind jedoch die beim Eintritt der Wirksamkeit desselben bereits anhängigen Verhandlungen nach den Normen der kaiserlichen Verordnung vom 12. März 1859 zu Ende zu führen.

Das Gesetz wirkt nicht zurück; für Unterlassungen vor dem Inkrafttreten des Gesetzes in einer nach Erlass desselben noch fortdauernden Vormundschaft haftet der Staat nicht. Wurde die Auszeichnung einer Vormundschaft im Waisenbuche vor der Activierung des Gesetzes unterlassen, so kann die Fortdauer dieses Zustandes nicht als eine selbständige, eine Rechtsverletzung verursachende Unterlassung angesehen werden, weil kein Gesetz besteht, welches dem Gerichte zur Pflicht machen würde, alljährlich die Registratur zu perlustrieren und die Vormundschaftsacten zu dem Ende durchzusehen, damit das Erforderliche in jeder einzelnen Vormundschaftspflege angeordnet werde, und weil eine solche Verpflichtung an und für sich dem Gerichte nicht aufgebürdet werden kann (E. d. O. G. H., Nr. 13571).

Digitized by Google

Das Mahnverfahren.

Gesetz vom 27. April 1873, R.-G.-Bl. Nr. 67.

Dasselbe steht in Galizien, in der Bukowina und in Dalmatien nicht in Wirksamkeit.

§ 1. Zur Eintreibung von Forderungen an Geld oder anderen vertretbaren Sachen kann der Gläubiger im Wege des Mahnverfahrens die Erlassung eines bedingten Zahlungsbefehles gegen den persönlichen Schuldner begehren, wenn der geforderte Betrag oder Wert des in Anspruch genommenen Gegenstandes ohne Hinzurechnung von Zinsen und Nebengebüren die Summe von 200 fl. ö. W. nicht übersteigt.

Forderungen, welche überhaupt oder zur Zeit bei den Gerichten nicht geltend gemacht werden können, sowie Forderungen aus Wechseln eignen sich nicht für das Mahnverfahren.

1. Gegenstand des Mahnverfahrens sind Forderungen an Geld oder anderen vertretbaren Sachen (§ 548, Anm. 1) ohne Unterschied des Rechtsgrundes. Werden vertretbare Sachen angesprochen, so muss das Begehren alternativ auf einen Geldbetrag gerichtet sein (§ 4), der Zahlungsbefehl alternativ auf die angesprochenen vertretbaren Sachen und auf den Geldbetrag lauten (§ 6) und es kann sich der Schuldner jederzeit durch Leistung des in dem Zahlungsbefehle bezeichneten Geldbetrages von jeder Verbindlichkeit befreien (§ 15).

Forderungen, die ihrem Betrage nach nicht bestimmt sind, eignen sich nicht für das Mahnverfahren. Unzulässig ist das Mahnverfahren für Forderungen aus Wechseln, für Forderungen, welche den Verwaltungsbehörden oder einem Schiedsgerichte zur Entscheidung vorbehalten sind, welche nicht klagbar oder nicht fällig erscheinen oder von einer Gegenleistung bedingt sind (§ 5). Dagegen ist es gleichgiltig, ob der Anspruch im ordentlichen Processe vor dem Gerichtshofe oder einem besonderen Causalgerichte ausgetragen werden müsste. Doch muss der Anspruch gegen den persönlichen Schuldner

Digitized by Google

geltend gemacht werden, mag dieser eine physische Person sein oder nicht.

2. Der Zahlungsbefehl ist lediglich durch die Zulässigkeit des Widerspruches bedingt. Es steht im Belieben des Gläubigers, ob er im Wege des Mahnverfahrens den Zahlungsbefehl erwirken, ob er mit dem Gesuche die Klage verbinden (§ 19) oder mit Umgehung des Mahnverfahrens im ordentlichen Rechtswege klagen will. Der Gläubiger kann wegen der Mehrkosten des etwa gewählten ordentlichen Processes aus § 41 in keinem Falle verantwortlich gemacht werden, da die Möglichkeit des Widerspruches und einer dadurch veranlassten Verzögerung immer vorhanden ist. Auf das Mahnverfahren haben die Gerichtsferien keinen Einfluss (§ 223).

§ 2. Zur Erlassung des bedingten Zahlungsbefehles sind ausschließlich die Bezirksgerichte, beziehungsweise die städtisch-delegierten Bezirksgerichte berufen.

Zuständig ist dasjenige Bezirksgericht, in dessen Sprengel der Schuldner seinen ordentlichen Wohnsitz hat.

Das Bezirksgericht ist auch zuständig, wenn die Sache zur Competenz der Handels-, See- oder Berggerichte gehört. Wo selbständige Bezirksgerichte in Handelssachen bestehen (§ 2 J. N.) sind in Handelssachen (§ 51 J. N.) auch diese zur Erlassung eines bedingten Zahlungsbefehles zuständig (Art. XXVIII, E. G.).

Jeder besondere Gerichtsstand für die Rechtssache fällt bei dem Mahnverfahren aus, also auch der besondere Gerichtsstand der Streitgenossenschaft (§ 93 J. N.). Gegen mehrere Schuldner kann daher ein Zahlungsbefehl mit einem Gesuche nur dann erwirkt werden, wenn sie sämmtlich im Sprengel desselben Bezirksgerichtes wohnen. Nur der Gerichtsstand des § 79 J. N. für Ansprüche von Richtern und gegen Richter vor dem Gerichtshofe bleibt auch für das Mahnverfahren bestehen. Der Zahlungsbefehl ist in diesem Falle vom Vorsitzenden des Senates zu erlassen (Art. XIV, E. G. z. J. N.).

Die Bestimmung des zuständigen Gerichtes durch den obersten Gerichtshof (§ 28 J. N.) ist für das Mahnverfahren ausgeschlossen, eine ausdrückliche oder stillschweigende Prorogation unzulässig. Die Bestimmungen der Jurisdictionsnorm (§§ 65 ff.) über den Wohnsitz gelten auch für das Mahnverfahren.

Wurde der Zahlungsbefehl von einem unzuständigen Gerichte erlassen, so ist er deswegen an sich nicht wirkungslos, er wird vielmehr durch den unterlassenen Widerspruch unanfechtbar. Durch die Einleitung des Mahnverfahrens wird an

Digitized by Google

der gerichtlichen Zuständigkeit für die nachträgliche Erhebung der Klage nichts geändert (§ 18).

§ 3. Gegen Personen, deren Aufenthalt unbekannt ist, oder an welche die Zustellung außerhalb des Sprengels desjenigen Gerichtshofes erfolgen müsste, in welchem das zur Erlassung des Zahlungsbefehles zuständige Bezirksgericht seinen Sitz hat, sowie gegen Personen, welche der Gerichtsbarkeit des Obersthofmarschallamtes unterstehen, kann der bedingte Zahlungsbefehl nicht erlassen werden.

Durch § 3 wird nicht bestimmt, dass das Gericht über die Gesuchsangaben hinaus zu prüfen hat, ob die Bestellung eines Curators oder die Zustellung außerhalb des Gerichtshofsprengels nothwendig werden kann, sondern nur, dass die Erlassung des Zahlungsbefehles zu verweigern ist, wenn aus dem Gesuche hervorgeht, dass der Aufenthalt des Schuldners unbekannt ist oder dass die Zustellung an denselben außerhalb des Gerichtshofsprengels erfolgen müsste. Wenn der Zahlungsbefehl erlassen wurde, aber dem Schuldner wegen unbekannten Aufenthaltes gar nicht oder wenn er ihm nicht innerhalb des Gerichtshofsprengels zugestellt werden kann, so ist die Zustellung an einen Curator oder außerhalb des Gerichtshof sprengels unzulässig. Derselbe ist naeh Art. III der Vollzugsvorschrift vom 6. Juni 1873, Z. 6699 in beiden Ausfertigungen bis zur Behebung des Hindernisses bei Gericht aufzubehalten.

Die Bestimmungen über die Gerichtsbarkeit des Obersthofmarschallamtes trifft der Art. III, E. G. z. J. N. Selbstverständlich kann ein Zahlungsbefehl gegen Exterritoriale gleichfalls nicht erlassen werden. Desgleichen ist das Mahnverfahren unzulässig zur Geltendmachung bestrittener Forderungen im Concurse (§ 131, C. O.).

§ 4. Das Gesuch um Erlassung des bedingten Zahlungsbefehles kann mündlich oder schriftlich angebracht werden.

In demselben hat der Gläubiger:

1. seinen und des Schuldners Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort zu bezeichnen;

2. den Betrag der Forderung und den Rechtsgrund derselben und, wenn die Forderung aus mehreren Posten besteht, den Betrag jeder einzelnen Post und deren Rechtsgrund anzugeben.

Hat die Forderung nicht Geld, sondern andere vertretbare Sachen zum Gegenstande, so muss der Gläubiger in dem Gesuche den Betrag bezeichnen, den er anstatt derselben anzunehmen bereit ist.

Digitized by Google

Wegen mehrerer Forderungen desselben Gläubigers wider denselben Schuldner kann, auch wenn sie nicht in thatsächlichem oder rechtlichem Zusammenhange stehen, die Erlassung des Zahlungsbefehles mit demselben Gesuche begehrt werden, wenn diese Forderungen zusammen die im § 1 bezeichnete Summe nicht überschreiten.

1. Für die Form des Gesuches sind die allgemeinen Vorschriften über Schriftsätze (§ 75) und Protokolle (§ 79) maßgebend. Das schriftliche Gesuch ist in einfacher Ausfertigung zu überreichen (§ 17) und die im § 4 vorgeschriebenen Erfordernisse sind obligatorisch. Der Gerichtskanzlei kann aufgetragen werden, mündlich angebrachte Gesuche um Erlassung eines Zahlungsbefehles im Mahnverfahren oder um Bewilligung der Execution auf bewegliches Vermögen auf Grund solcher Zahlungsbefehle, sowie die mündliche Erhebung eines Widerspruches durch Eintragung in ein über Mahnsachen zu führendes Register zu beurkunden; die Aufnahme von Protokollen unterbleibt in diesen Fällen. Von den auf Grund solcher Registereintragungen erlassenen Zahlungsbefehlen oder Executionsbewilligungen wird eine Urschrift oder Abschrift bei Gericht nicht zurückbehalten, sondern es genügt die Anmerkung dieser Acte im Register (§ 59, Ger.-Verf.-Ges.).

In diesem Falle hat der Richter die Eintragung in der Spalte 9 des Registers zu unterschreiben. Mündliche Gesuche oder Widersprüche, welche der Kanzleibeamte (Kanzleigehilfe) für unstatthaft erachtet, die aber von der Partei nichtsdestoweniger aufrecht erhalten werden, sind nicht in das Register einzutragen, sondern zu besonderem Protokolle zu nehmen (§ 229, Gesch.-O.).

2. Die Forderung ist ziffermäßig (Betrag) unter bestimmter Bezeichnung der Nebengebüren anzugeben. Werden vertretbare Sachen angesprochen so sind dieselben nach quale und quantum anzuführen, gleichzeitig ist der Geldbetrag ziffermäßig anzugeben, der alternativ gefordert wird. Werden Kosten angesprochen (§ 6), so sind dieselben in dem Gesuche zu liquidieren oder es ist das Kostenverzeichnis beizulegen (§ 54).

Der Rechtsgrund der Forderung entspricht dem Klagegrunde des § 226 (Anm. 3).

Das Rechtsverhältnis, auf welchem der Anspruch beruht, muss genügend individualisiert sein, um für die Streitanhängigkeit und für die Fortsetzung des Verfahrens die Unterscheidbarkeit des Anspruches festzustellen. Ist der Rechtsgrund ein zweiseitiges Geschäft, so gehört dazu in der Regel die Behauptung der erfolgten Gegenleistung (Wilmowski, S. 908). Beweis-

Digitized by Google

anbietungen sind unnöthig. Objective Häufung ist gestattet, nur muss jeder einzelne Anspruch individualisiert sein. Auch subjective Häufung ist zulässig, sowohl wenn derselbe Anspruch, als auch wenn verschiedene Ansprüche gegen verschiedene im Sprengel desselben Bezirksgerichtes wohnhafte Schuldner (§ 9) erhoben werden.

Sowohl bei der objectiven (§ 227), als auch bei der subjectiven (§ 11) Häufung brauchen die mehreren Ansprüche nicht in thatsächlichem oder rechtlichem Zusammenhange (§ 227, Anm. 1) zu stehen.

Als wesentlicher Inhalt des Mahngesuches erscheint endlich das Begehren um Erlassung des Zahlungsbefehles, da sonst nicht zu ersehen ist, ob der Gläubiger die Einleitung des gewöhnlichen Verfahrens über eine Klage oder die Einleitung des Mahnverfahrens anstrebt.

§ 5. Das Gesuch ist ohne Anhörung des Schuldners zu erledigen.

Dasselbe ist zurückzuweisen, wenn es den Bestimmungen der §§ 1 bis 4 nicht entspricht, oder wenn sich aus den Angaben des Gesuchstellers ergibt, dass die Forderung überhaupt oder zur Zeit unstatthaft, oder dass dieselbe noch durch eine Gegenleistung bedingt ist.

Gegen die Erlassung des Zahlungsbefehles ist kein Rechtsmittel, gegen die Verweigerung der Recurs binnen acht Tagen zulässig.

1. Formmängel des Mahngesuches werden nach Vorschrift der §§ 84, 85 zu verbessern sein.

Werden dieselben nicht behoben, findet der Richter die Rechtssache zum Mahnverfahren nicht geeignet (§ 1), hält er sich für unzuständig (§ 2), die Erlassung des Zahlungsbefehles nach § 3 für unzulässig, ist die Forderung unstatthaft, nicht fällig, oder von einer Gegenleistung bedingt, ist das Begehren durch die thatsächlichen Angaben nicht begründet, so hat er den Antrag auf Erlassung des Zahlungsbefehles zurückzuweisen. Eine theilweise Zurückweisung ist nur dann zulässig, wenn mehrere selbständige Ansprüche (Posten) geltend gemacht werden und der Abweisungsgrund nur einzelne dieser Ansprüche betrifft.

Die Prüfung erfolgt lediglich auf Grund der Angaben des Gesuchstellers. Der Inhalt des Gesuches ist als richtig vorauszusetzen, der Mangel der Processfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung und der besonderen Ermächtigung zur Processführung (§ 6) ist von amtswegen zu berücksichtigen.

Digitized by Google

2. Ob die Gegenleistung vorher oder Zug um Zug zu erfolgen hat, bleibt sich gleich. Bei Mahngesuchen auf solche bedingte Leistungen muss angeführt werden, dass die Gegenleistung bereits erfolgt sei, ohne dass eine Glaubhaftmachung oder Beweisanbietung erforderlich wäre. Solche Gegenleistungen, welche der Leistung des Schuldners nachzufolgen haben, z. B. Rückstellung des Schuldscheines, Ausfolgung der Quittung, fallen nicht unter die Vorschrift des § 5.

Gegen die Erlassung des Zahlungsbefehles ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen. Die Recursfrist gegen die Verweigerung des Zahlungsbefehles ist beibehalten (Art. XXVIII, E. G.), dieselbe ist eine Nothfrist, betreffs welcher alle bei § 464 angeführten Bestimmungen gelten. Gegen den Kostenzuspruch steht jedoch der Recurs zu (E. d. O. G. H., Nr. 9938).

§ 6. Der Zahlungsbefehl muss enthalten:

1. die Aufschrift: Zahlungsbefehl;

2. die im § 4, Ziffer 1 und 2 bezeichneten Angaben;

3. den Auftrag an den Schuldner, binnen vierzehn Tagen nach Zustellung des Zahlungsbefehles zur Vermeidung der Execution die Forderung sammt den geforderten Zinsen zu berichtigen und die Kosten des Zahlungsbefehles, falls deren Ersatz im Gesuche angesprochen wurde, in dem vom Richter bestimmten Betrage zu berichtigen oder gegen den Zahlungsbefehl Widerspruch zu erheben;

4. die Bemerkung, dass der Zahlungsbefehl nur durch Erhebung des Widerspruches außer Kraft gesetzt werden könne.

Ist die Erlassung des Zahlungsbefehles wegen mehrerer in besonderen Geldbeträgen ausgedrückter oder bewerteter Forderungen angesucht worden, so ist in dem Zahlungsbefehle die Berichtigung der Forderungen gesondert aufzutragen.

Hat die Forderung nicht Geld, sondern andere vertretbare Sachen zum Gegenstande, so ist dem Schuldner in dem Zahlungsbefehle freizustellen, statt der geforderten Sachen den in dem Gesuche bezeichneten Betrag in Geld zu leisten.

1. Die Bezirksgerichte haben zur Ausfertigung der Zahlungsbefehle, wenn dieselben nicht in Gemäßheit des § 19 des Gesetzes in Form eines Bescheides auf die Klage, sondern in Form einer selbständigen Ausfertigung ergehen, Blanquette zu benützen, auf welchen die Aufschrift „Zahlungsbefehl“ mit einer in die Augen fallenden Schrift gedruckt ist und welche auch von außen mit dem Worte „Zahlungsbefehl“ bezeichnet sind.

In Bezirken von gemischter Sprache sind die Zahlungsbefehle mit dieser Aufschrift von innen und von außen in allen im Bezirke üblichen Sprachen zu versehen.

Digitized by Google

Die Zahlungsbefehle sind in Gemäßheit des § 212 des Gesetzes vom 3. Mai 1853, Nr. 81 R.-G.-Bl., mit dem Gerichtssiegel zu versehen (V. v. 6. Juni 1873, Z. 6699). Wird dem Gesuche ohne Einschränkung willfahrt, so kann der Gerichtskanzlei die Entwerfung der Beschlussausfertigung aufgetragen und die Zurückbehaltung einer Urschrift oder Abschrift durch einen kurzen Bewilligungsvermerk auf der Eingabe oder dem Protokolle ersetzt werden (§ 56, Ger.-Verf.-Ges.).

Wurde das Mahngesuch lediglich durch die Eintragung in das Register beurkundet, so hat die Gerichtskanzlei den Zahlungsbefehl zu entwerfen und dem Richter zur Unterschrift vorzulegen (§ 229, Gesch.-O.).

2. Die Frist ist eine Leistungsfrist, daher unerstreckbar (§ 128, Anm. 2), die Gerichtsferien haben auf dieselbe keinen Einfluss (§ 223), die Berechnung der Frist erfolgt nach § 125, fällt das Ende der Frist auf einen Sonntag oder Feiertag, so ist der nächste Werktag als letzter Tag der Frist anzusehen (§ 126). Auch im Mahnverfahren kann eine Unterbrechung des Verfahrens (§§ 155 ff.) eintreten.

Die Unterbrechung hat zur Folge, dass der Zahlungsbefehl nicht rechtskräftig werden kann und mit der Aufnahme des Verfahrens die volle Frist zur Erhebung des Widerspruches von neuem zu laufen beginnt (§ 163). Wiedereinsetzung ist zulässig (§ 14).

§ 7. Der Zahlungsbefehl ist dem Schuldner und, wenn er gegen mehrere Schuldner gerichtet ist, einem jeden derselben zu eigenen Handen und dem Gläubiger zuzustellen.

Die Zustellung an den Schuldner durch die Post ist unzulässig.

Für die Zustellung des Zahlungsbefehles an den Schuldner haben die in der Civilprocessordnung für die Zustellung von Klagen erlassenen Vorschriften (§§ 106, 107) zu gelten (Art. XXVIII, E. G.). Nachdem gemäß § 88 Zustellungen in der Regel durch die Post zu vollziehen sind, ist der Schlusssatz des § 7 aufgehoben. Die Zustellung des Zahlungsbefehles an den Gläubiger braucht nicht zu eigenen Handen zu geschehen.

Die Vorsteher der Bezirksgerichte haben auf die genaue Befolgung der gesetzlichen Vorschriften über die Zustellung und auf den raschen Vollzug der letzteren ihr besonderes Augenmerk zu richten, die Gerichtsdiener und Gemeindevorsteher in dieser Beziehung sorgfältig zu überwachen und den letztgenannten insbesondere die erforderlichen Weisungen und Belehrungen zu ertheilen (Art. II, M. V. vom 6. Juni 1873, Z. 6699).

Digitized by Google

§ 8. Zur Erhebung des Widerspruches genügt die von dem Schuldner bei dem Gerichte mündlich oder schriftlich abgegebene Erklärung, dass er gegen den Zahlungsbefehl Widerspruch erhebe. Der Angabe von Gründen bedarf es nicht.

Der Widerspruch ist formlos. Jede Erklärung genügt, welche die Absicht zu widersprechen erkennen lässt. Sowohl der Schuldner kann Widerspruch erheben, als auch ein anderer für ihn, ohne dass der Nachweis einer Vollmacht erforderlich wäre (§ 17). Daher kann auch der Nebenintervenient erfolgreich Widerspruch erheben. Die einzigen Erfordernisse des Widerspruches sind, dass er bei Gericht erfolge und dass die im Zahlungsbefehle festgesetzte Frist von 14 Tagen eingehalten werde. Eine Erklärung gegenüber dem Zustellungsorgane genügt nicht und für die Rechtzeitigkeit des Widerspruches sind die allgemeinen Vorschriften maßgebend. Die Tage des Postenlaufes werden nicht eingerechnet (§ 89, Ger.-Verf.-Ges.) und wenn der letzte Tag der Frist auf einen Sonn- oder Feiertag fällt, so endet dieselbe am nächsten Werktage (§ 126). Die Bewilligung der Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Frist zur Erhebung des Widerspruches hat die Wirkung eines solchen (§ 14).

Wird der Widerspruch schriftlich eingebracht, so ist er in einem Exemplare zu überreichen (§ 17), der Beibringung von Rubriken bedarf es nicht. Wird er mündlich zu Protokoll gebracht, so kann das Protokoll in der Gerichtskanzlei aufgenommen (§ 56 G. V. G.) oder der Widerspruch durch Eintragung in das über Mahnsachen zu führende Register (§ 59 G. V. G.) beurkundet werden, in welchem Falle die Aufnahme eines Protokolles unterbleibt. Der Widerspruch ist nicht nur dann einzubringen, wenn der Schuldner die Forderung nicht anerkennt, sondern auch, wenn die Voraussetzungen für die Erlassung des Zahlungsbefehles mangeln. Muthwillige Widersprüche machen den Schuldner betreffs der Kosten ersatzpflichtig (§ 11). Eine Zurücknahme des Widerspruches ist wirkungslos.

§ 9. Hat der Schuldner rechtzeitig Widerspruch erhoben, so verliert der Zahlungsbefehl seine Kraft. Dies gilt auch für den Fall, dass der Widerspruch nur gegen einen Theil der Forderung gerichtet ist, oder dass gegen einen wider mehrere Schuldner wegen desselben Anspruches erlassenen Zahlungsbefehl der Widerspruch nur von einem der Schuldner erhoben wird.

War jedoch durch den Zahlungsbefehl die Berichtigung mehrerer, in besonderen Geldbeträgen ausgedrückter Forderungen gesondert aufgetragen worden und wurde der Widerspruch ausdrücklich nur gegen die eine oder die andere dieser Forderungen

Digitized by Google

erhoben, so bleibt der Zahlungsbefehl in Ansehung der übrigen und der auferlegten Kosten in Kraft.

Durch den Widerspruch wird die Zahlung der eingemahnten Forderung verweigert. Der Gläubiger muss, um dieselbe zu erlangen, die Klage bei dem nach den allgemeinen Vorschriften zuständigen Gerichte erheben.

Auch wenn nur gegen die Zinsen oder Kosten Widerspruch erhoben wird, ist der Zahlungsbefehl seinem ganzen Umfange nach entkräftet. Ist der Zahlungsbefehl dagegen wegen mehrerer in besonderen Geldbeträgen ausgedrückter Forderungen (§§ 4, 6) erlassen worden, so ist zu unterscheiden, ob der Widerspruch allgemein gehalten oder ausdrücklich nur auf eine oder die andere Forderung beschränkt ist.

Im ersteren Falle tritt der Zahlungsbefehl seinem ganzen Umfange nach außer Kraft, im letzteren bleibt diese Wirkung auf die betreffende widersprochene Forderung beschränkt.

Der Widerspruch gegen einen Theil einer der Forderungen entkräftet den Zahlungsbefehl betreffs dieser ganzen Forderung. Wurde der Zahlungsbefehl gegen mehrere Schuldner wegen eines und desselben Anspruches erhoben, so wirkt der von einem der Schuldner erhobene Widerspruch für alle, ohne Rücksicht darauf, ob eine nothwendige Streitgenossenschaft (§ 14 C. P. O.) vorliegt oder nicht. Wurde der Zahlungsbefehl gegen mehrere Schuldner wegen verschiedener Ansprüche erhoben, so dass jeder derselben einen anderen Anspruch, eine in besonderem Betrage ausgedrückte Forderung zu entrichten hat, so hat der von dem einen Schuldner erhobene Widerspruch keinen Einfluss auf die anderen Schuldner.

§ 10. Von dem rechtzeitig erhobenen Widerspruche sind der Gläubiger und der Schuldner zu verständigen.

Ein verspätet erhobener Widerspruch ist mit Hinweisung auf die verstrichene Frist zurückzuweisen; einer Verständigung des Gläubigers bedarf es in diesem Falle nicht.

Der Widerspruch ist in formeller Beziehung (§§ 84, 85) und auf seine Rechtzeitigkeit zu prüfen. Verspätet eingebrachte Widersprüche sind zurückzuweisen. Von dem rechtzeitig erhobenen Widerspruche sind der Gläubiger und der Schuldner unter Zurückbehaltung des Widerspruches (§ 17) zu verständigen. Die Verständigung zu eigenen Handen ist nicht vorgeschrieben, doch muss dieselbe an den Auftraggeber selbst erfolgen, wenn die Vollmacht für die den Widerspruch erhebende Person nicht nachgewiesen worden ist (§ 17).

Die Erledigung muss erkennen lassen, gegen welche von mehreren in besonderen Geldbeträgen ausgedrückten Forde-

Digitized by Google

rungen der Widerspruch erhoben worden ist, resp. welcher von mehreren Schuldnern Widerspruch erhoben hat. Falls vom Schuldner Kosten angesprochen werden, sind dieselben gegen den Gläubiger zum Ersatze binnen 14 Tagen bei sonstiger Execution zuzusprechen (§ 11). Die Entwerfung der Beschlussausfertigung kann der Gerichtskanzlei aufgetragen werden, in welchem Falle die Zurückbehaltung einer Urschrift oder Abschrift durch einen kurzen Bewilligungsvermerk oder eine Anmerkung im Register ersetzt werden kann (§§ 56, 59 Ger.-Verf.-Ges.). Nach § 313 Gesch.-O. hat die Gerichtskanzlei die Benachrichtigung der Parteien von dem rechtzeitig erhobenen Widerspruch auch ohne richterlichen Auftrag und ohne Einholung eines gerichtlichen Beschlusses zu besorgen.

Die Zurückweisung eines verspäteten Widerspruches ist von der Gerichtskanzlei auszufertigen und dem Richter zur Unterschrift vorzulegen (§ 229, Gesch.-O.).

Die Zurückweisung des Widerspruches als verspätet sowie die Höhe des Kostenzuspruches können mittels Recurses angefochten werden. Die Recursfrist beträgt acht Tage (§ 12).

§ 11. Die Kosten der Erlassung des bedingten Zahlungsbefehles sind, wenn gegen denselben rechtzeitig Widerspruch erhoben wurde, von dem Gläubiger zu tragen, und es ist demselben der Ersatz der Kosten des Widerspruches, falls er vom Schuldner angesprochen wird, in dem vom Richter zu bestimmenden Betrage aufzuerlegen.

Wird infolge des Widerspruches Klage erhoben, so ist über die angesprochenen Kosten des Mahnverfahrens, wie über einen Theil der Kosten des Rechtsstreites zu erkennen.

Betreffs der Kosten gelten die allgemeinen Bestimmungen (§§ 41 ff.). Die Ertheilung des Armenrechts (§ 63) ist zulässig. Dem obsiegenden Gläubiger können die Kosten nicht auferlegt werden, weil das Gericht der Ansicht ist, dass er den Widerspruch hätte voraussehen können. Hat der Gläubiger nur wegen eines Theiles der im Mahnverfahren angesprochenen Summe geklagt, so ist nur ein entsprechender Theil der Kosten des Mahnverfahrens zuzusprechen. Im Falle passiver Streitgenossenschaft wird gemäß § 46 nur jener Schuldner für die Kosten des Mahnverfahrens haftbar sein, welcher Widerspruch erhoben hat.

War der Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl aus formellen Gründen berechtigt (weil das Mahnverfahren unzulässig, das Gericht unzuständig gewesen), so können die Kosten des Mahnverfahrens dem Schuldner sachgemäß nicht auferlegt werden, auch wenn er sonst im Processe unterliegt, denn in

Digitized by Google

Bezug auf das Mahnverfahren ist er dann jedenfalls der obsiegende Theil (Wilmowski, S. 916). Voraussetzung des Zuspruches der Kosten des Mahnverfahrens im Processe ist deren Liquidierung (§§ 52, 54).

§ 12. Gegen die Bescheide, wodurch der Widerspruch zurückgewiesen und dem Gläubiger der Ersatz der Kosten des Widerspruches auferlegt wird, ist der Recurs binnen der Frist von acht Tagen zulässig.

§ 13. Das Ansuchen um Erlassung des Zahlungsbefehles hat in Betreff der Anhängigkeit der Streitsache bei Gericht und der Unterbrechung der Verjährung die Wirkung einer Klage; auf die Begründung des Gerichtsstandes der Widerklage und der zusammenhängenden Streitsachen jedoch ist dieses Ansuchen ohne Wirkung.

Tritt der Zahlungsbefehl durch Erhebung des Widerspruches außer Kraft, so ist die Verjährung bis zur Erhebung des Widerspruches als gehemmt anzusehen.

1. Das Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehles ist — abgesehen von der Begründung des Gerichtsstandes der Widerklage (§ 96 J. N.) und der Streitgenossenschaft (§ 94 (J. N.) — bezüglich der Wirkungen der Streitanhängigkeit der Klage gleichgestellt (§§ 232, 233). Die Streitanhängigkeit wird durch Zustellung des Zahlungsbefehles begründet. Zur Wahrung einer Frist, sowie zur Unterbrechung des Ablaufes einer Frist genügt, wenn nichts anderes vorgeschrieben ist, die Ueberreichung des Mahngesuches bei Gericht. Die processrechtliche Folge der Streitanhängigkeit ist nach § 233 die, dass während ihrer Dauer über den geltend gemachten Anspruch weder bei demselben noch bei einem andern Gerichte ein Rechtsstreit durchgeführt werden darf. Zweifellos ist hiemit dem Gläubiger die Möglichkeit genommen, wegen derselben Forderung gleichzeitig bei verschiedenen Gerichten das Mahnverfahren und den Rechtsstreit einzuleiten (Motive, S. 16).

Neben den processrechtlichen Wirkungen sind mit der Streitanhängigkeit auch materiellrechtliche Folgen, insbesondere bezüglich der Verjährung (§ 1497 a. b. G. B.), des neuerlichen Zinsenlaufes (§ 1335 a. b. G. B.) verbunden. Sofern zur Wahrung dieser Rechtsfolgen eine Frist einzuhalten ist, genügt die Ueberreichung des Mahngesuches, falls nicht, wie in den §§ 338, 378, 824 a. b. G. B. die Zustellung der Klage ausdrücklich vorgeschrieben ist.

2. Wird gegen den Zahlungsbefehl Widerspruch nicht erhoben, so erwächst derselbe in Rechtskraft (§ 411), dieselbe erlischt jedoch, wenn binnen 6 Monaten nach Zustellung des

Digitized by Google

Zahlungsbefehles an den Schuldner die Zwangsvollstreckung nicht begehrt wird (§ 16).

Die rechtzeitige Erhebung des Widerspruches hebt die Folgen der Streitanhängigkeit, der unbenützte Ablauf der sechsmonatlichen Executionsfrist die Folgen der Rechtskraft auf, wie wenn sie niemals eingetreten wären. Die Rechtswirkungen der erfolgten Einmahnung (§§ 1334, 1335 a. b. G. B.) bleiben jedoch aufrecht. Die Unterbrechung der Verjährung hört gleichfalls auf, doch bleibt die Verjährung für die Zeit von der Einbringung des Begehrens um Erlassung des Zahlungsbefehles bis zur Zustellung der Erledigung über den Widerspruch gehemmt. Die Zwischenzeit wird also in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet.

Anders gestaltet sich die Sache, wenn der Zahlungsbefehl in Gemäßheit des § 16 durch Nichtbenützung während der Frist von 6 Monaten außer Kraft tritt. In diesem Falle war der Zahlungsbefehl bereits durch eine stillschweigende Anerkennung zu einem unbedingten Zahlungsmandate geworden, und es entspricht den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes, die durch diese stillschweigende Anerkennung bewirkte Unterbrechung der Verjährung aufrecht zu erhalten (Motive).

§ 14. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen unverschuldeter Versäumung der Frist zum Widerspruche ist binnen acht Tagen, nachdem dem Schuldner die Versäumung bekannt geworden und das Hindernis weggefallen ist, anzusuchen. Die Bewilligung der Wiedereinsetzung hat die Wirkung des Widerspruches, ohne dass es einer neuerlichen Erhebung desselben bedarf.

Ist von dem Schuldner die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angesucht worden, so kann gegen ihn, bis zur erfolgten Abweisung des Gesuches, die Execution nur bis zur Sicherstellung geführt werden.

Für die Wiedereinsetzung gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 146 ff. mit der Abweichung, dass die versäumte Processhandlung nicht nachgeholt werden muss (§ 149), nachdem die Bewilligung der Wiedereinsetzung die Wirkung des Widerspruches hat, ohne dass es einer Erhebung desselben bedarf. Die Frist zur Einbringung des Wiedereinsetzungsbegehrens ist durch Art. XXVIII E. G. auf 14 Tage verlängert worden.

§ 15. Hat der Schuldner weder Zahlung geleistet, noch rechtzeitig Widerspruch erhoben, so ist dem Gläubiger über sein Ansuchen die Execution auf Grund des Zahlungsbefehles zu bewilligen.

Digitized by Google

Ist der Zahlungsbefehl über Forderungen ergangen, welche nicht Geld, sondern andere vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so bleibt dem Schuldner jederzeit unbenommen, sich von der auf Hereinbringung dieser Sachen geführten Execution durch Leistung des in dem Zahlungsbefehle bezeichneten Geldbetrages sammt Nebengebüren zu befreien.

Da bei den Zahlungsbefehlen, welche nicht Geld, sondern andere vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, dem Schuldner nach § 15 des Gesetzes jederzeit unbenommen bleibt, sich von der auf Hereinbringung der geforderten Sachen geführten Execution durch Leistung des in dem Zahlungsbefehle bezeichneten Geldbetrages sammt Nebengebüren zu befreien, so werden die Schuldner auch in den auf Grund solcher Zahlungsbefehle erlassenen Executionsbescheiden auf die ihnen durch das Gesetz vorbehaltene alternative Zahlungsmodalität aufmerksam zu machen sein (Art. IV M.-V. vom 6. Juni 1873, Z. 6699).

Die Gesuche um Bewilligung der Execution können in der Gerichtskanzlei zu Protokoll genommen (§ 56 G. V. G.) und es kann derselben aufgetragen werden, wenn es sich um Bewilligung der Execution auf bewegliches Vermögen handelt, das Gesuch durch Eintragung in ein über Mahnsachen zu führendes Register zu beurkunden. Von solchen Executionsbewilligungen wird eine Urschrift oder Abschrift nicht zurückbehalten, sondern es genügt die Anmerkung dieser Acte im Register (§ 59 G. V. G.).

§ 16. Unterlässt der Gläubiger vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach Zustellung des Zahlungsbefehles an den Schuldner die Execution gegen denselben zu begehren, so tritt der Zahlungsbefehl in Ansehung dieses Schuldners unbeschadet der nach § 13, Abs. 1, eingetretenen Unterbrechung der Verjährung außer Kraft.

Die Rechtsfolgen der Einmahnung und der Unterbrechung der Verjährung bleiben bestehen, auch wenn nicht rechtzeitig die Zwangsvollstreckung durchgeführt worden wäre. Die Verjährung beginnt von neuem zu laufen. Nach Ablauf der sechsmonatlichen Frist kann ein neues Mahngesuch eingebracht oder die Klage erhoben werden, ohne dass dem Schuldner die Einwendung der Rechtskraft zustehen würde. Die Erwirkung eines neuen Zahlungsbefehles ist für den Gläubiger mit so geringer Mühe verbunden, dass ihm durch diese Beschränkung der Dauer der Wirksamkeit kein erheblicher Nachtheil erwächst (Motive).

Damit der Zahlungsbefehl durch Ablauf der Zeit nicht außer Kraft trete, muss die Execution gegen den Schuldner mit

Digitized by Google

Ablauf von sechs Monaten nicht nur begehrt, sondern auch vollzogen worden sein. Es ist unzulässig, dass der Gläubiger innerhalb der 6 Monate zwar die Execution begehrt, sich aber vorbehält, dieselbe erst auf seine Anmeldung vornehmen zu lassen, und die Anmeldung über 6 Monate hinaus verzögert und diese Zeit hindurch der Schuldner von dem Executionsbegehren keine Kenntnis erhält (E. d. O. G. H. Nr. 8477).

Wurde der Zahlungsbefehl gegen mehrere Schuldner erlassen, die Zwangsvollstreckung jedoch nicht gegen alle Schuldner rechtzeitig vollzogen, so tritt der Zahlungsbefehl betreffs jener Schuldner außer Kraft, gegen welche die Execution nicht vollzogen worden ist.

§ 17. Schriftliche Eingaben um Erlassung des Zahlungsbefehles und zur Erhebung des Widerspruches sind in einem Exemplare zu überreichen und bei Gericht aufzubehalten.

Die Zahlungsbefehle, sowie die zur Verständigung des Gläubigers und Schuldners von dem Widerspruche erforderlichen Ausfertigungen sind amtlich zu verfassen; der Beibringung von Rubriken bedarf es zu diesem Zwecke nicht.

Die Mittheilung einer Abschrift der über das Ansuchen um Erlassung des Zahlungsbefehles oder über die Erhebung des Widerspruches aufgenommenen Protokolle an die Gegenpartei findet nicht statt.

Personen, welche im Namen des Schuldners Widerspruch erheben, sind nicht verpflichtet, sich zu diesem Einschreiten mit einer Vollmacht auszuweisen. Die Zustellung der gerichtlichen Erledigung hat jedoch, wenn eine Vollmacht nicht beigebracht wurde, an den Auftraggeber selbst zu erfolgen.

§ 18. In dem Mahnverfahren und in Ansehung der Execution auf Grund eines Zahlungsbefehles kommen, soweit in diesem Gesetze nicht etwas Anderes angeordnet ist, die Bestimmungen des Gesetzes über das summarische Verfahren zur Anwendung.

Durch die Einleitung des Mahnverfahrens wird an der gerichtlichen Zuständigkeit für die nachträgliche Erhebung der Klage nichts geändert.

An Stelle der Bestimmungen des Gesetzes über das Summarverfahren haben nach Art. II E. G. die Bestimmungen für das Verfahren vor Bezirksgerichten zu treten.

§ 19. Der Gläubiger kann das Begehren um Erlassung des Zahlungsbefehles auch in einer zur Eintreibung der Forderung erhobenen Klage stellen, wenn für die Klage und die Erlassung des Zahlungsbefehles dasselbe Gericht zuständig ist.

In diesem Falle hat das Gericht den Zahlungsbefehl mittels Bescheides auf die Klage und mit dem Beisatze zu erlassen,

Digitized by Google

dass im Falle des Widerspruches das weitere Verfahren über die Klage stattfinden werde. Eine von dem Kläger zu überreichende Abschrift der Klage ist aufzubehalten.

Wird von dem Geklagten gegen den Zahlungsbefehl Widerspruch erhoben, so hat das Gericht die Tagsatzung zur Verhandlung über die Klage in dem nach dem Gesetze zur Anwendung kommenden Verfahren anzuordnen und hiezu beide Parteien in Erledigung des Widerspruches vorzuladen.

Findet das Gericht das Begehren um Erlassung des Zahlungsbefehles unstatthaft, so hat es unter Zurückweisung desselben sofort über die Klage die Tagsatzung zum gesetzlichen Verfahren anzuordnen.

In den Fällen dieses Paragraphes wird die Anhängigkeit der Streitsache bei Gericht und die Unterbrechung der Verjährung durch die Anbringung der Klage begründet.

Es ist dem Gläubiger überlassen, in einer förmlichen Klage um Erlassung des Zahlungsbefehles anzusuchen, wenn für die Klage und das Mahngesuch dasselbe Gericht zuständig ist. In diesem Falle muss die Klage alle nach § 226 vorgeschriebenen Erfordernisse haben und ist dieselbe wie jede andere Klage diesbezüglich zu prüfen. Ist die Klage wohl zur Einleitung der Streitverhandlung, nicht aber zur Erlassung des Zahlungsbefehles geeignet (§§ 1, 3, 5), so ist nach §§ 437, 438 die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung anzuordnen, falls die der Erlassung des Zahlungsbefehles entgegenstehenden Hindernisse nicht behoben werden können. Ist die Klage wohl zur Erlassung des Zahlungsbefehles, nicht aber zur Einleitung der Streitverhandlung geeignet und kann der Mangel nicht behoben werden, so ist nur der Zahlungsbefehl zu erlassen und die Ablehnung des Begehrens auf seinerzeitige Einleitung der Streitverhandlung auszusprechen und zu begründen.

Die Klage ist nach § 80 nur in so viel Ausfertigungen zu überreichen, dass jedem der Beklagten eine Ausfertigung zugestellt und eine für die Acten zurückbehalten werden kann. Für den Kläger ist nur eine Rubrik erforderlich. Wird kein Widerspruch erhoben, so treten dieselben Folgen, wie bei den gewöhnlichen Mahngesuchen ein.

Ueber rechtzeitigen Widerspruch ist nach §§ 437, 438 die Streitverhandlung anzuordnen.

Die Kosten des Widerspruches sind in diesem Falle nicht sofort zuzusprechen (§ 52).

Ueber mündlich angebrachte Klagen, in welchen der Gläubiger das Begehren um Erlassung eines bedingten Zahlungsbefehles stellt, muss ein besonderes Protokoll aufgenommen werden. Dieses Protokoll kann nicht durch Beurkundung des Antrages im Register ersetzt werden (§ 229, Gesch.-O.).

Digitized by Google

Nachtrag.

Zur Erleichterung der Uebersicht wolle auf den betreffenden Seiten des Buches auf die zugehörige Nummer des Nachtrages durch eine Bemerkung verwiesen werden.

1. Zu den §§ 6, 230, Anm. 4 (S. 15, 365).

Wegen des Mangels der Processfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung oder der besonderen Ermächtigung zur Prosessführung darf in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, falls dieser Mangel beseitigt werden kann, die Anberaumung der mündlichen Verhandlung über die Klage (erste Tagsatzung) nicht aufgeschoben werden. Die Frist zur Beseitigung des Mangels und zur Erfüllung der deswegen ertheilten Aufträge und der Tag der ersten mündlichen Verhandlung sind aber nach Thunlichkeit in der Art zu bestimmen, dass bis zur ersten Tagsatzung schon feststeht, ob sich der Mangel beseitigen lässt oder nicht, oder doch bei der ersten Tagsatzung darüber entschieden werden kann. Nur wenn offenbar mit dem Verzuge für die processunfähige Partei Gefahr verbunden ist, kann die erste Tagsatzung vor Ablauf der Frist stattfinden und bei besonderer Dringlichkeit sogar der Auftrag zur Beantwortung der Klage noch während dieser Frist ertheilt werden (§ 118 Gesch.-O.).

2. Zu § 10 (S. 21).

Wenn in bürgerlichen Rechtssachen für unbekannte Personen oder Personen unbekannten Aufenthaltes ein Curator bestellt wird und weder ein realisierbares Vermögen des durch den Curator Vertretenen bekannt, noch eine dritte Person zur Bestreitung der Kosten der Curatel verpflichtet ist, so sind die Gebüren nach Formular 19 vorzumerken. Das Verzeichnis ist für jede Rechtssache besonders bei den Acten zu führen und nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens oder nach dem Aufhören der Vormerkung dem zur Gebürenvorschreibung bestimmten Amte einzusenden. Die Vormerkung hat aufzuhören, sobald deren Ursache nicht mehr besteht (§ 136 Gesch.-O.).

3. Zu § 18 (S. 39).

Schriftsätze, in welchen der Beitritt zum Processe als Nebenintervenient erklärt wird, sind ohne Beschlussausfertigung den Personen zuzustellen, für welche sie bestimmt sind (§ 131

Digitized by Google

Gesch.-O.). Ist jedoch eine Tagsatzung bereits angeordnet, so ist der Nebenintervenient zu derselben zu laden, weil er nach Abs. 3 des § 18 dem Hauptverfahren zuzuziehen ist. Im bezirksgerichtlichen Verfahren sind die Beitrittserklärungen des Nebenintervenienten in der Gerichtskanzlei zu Protokoll zu nehmen (§ 131 Gesch.-O.), wenn die Partei nicht durch einen Advocaten vertreten ist (§ 434).

4. Zu § 21 (S. 46).

Die Zustellung der Streitverkündigung erfolgt ohne irgend eine Beschlussausfertigung. Im bezirksgerichtlichen Verfahren ist die Streitverkündigung nicht vom Richter, sondern in der Gerichtskanzlei zu Protokoll zu nehmen (§ 131 Gesch.-O.), wenn die Partei nicht durch einen Advocaten vertreten ist.

5. Zu § 22 (S. 48).

Schriftsätze, welche eine Aufforderung und Ladung des Auctors enthalten oder den Kläger von der Auctorbenennung benachrichtigen, sind ohne irgend eine Beschlussausfertigung zuzustellen. Vor Abgabe zur Zustellung hat die Gerichtskanzlei (Kanzleiabtheilung) die inhaltliche Uebereinstimmung der Schriftsätze zu prüfen und unrichtige Angaben über die erste Tagsatzung durch einen entsprechenden Vermerk amtlich richtigzustellen. Im bezirksgerichtlichen Verfahren ist die Auctorbenennung nicht vom Richter, sondern in der Gerichtskanzlei zu Protokoll zu nehmen (§ 131 Gesch.-O.), wenn die Partei nicht durch einen Advocaten vertreten ist.

6. Zu § 27, Anm. 2 (S. 53).

Bei der ersten Tagsatzung findet Anwaltszwang nicht statt (Vergl. § 239, S. 386).

7. Zu § 36, Anm. 2 (S. 67).

Im bezirksgerichtlichen Verfahren ist die Anzeige des Widerrufes oder der Kündigung der Vollmacht nicht vom Richter, sondern in der Gerichtskanzlei zu Protokoll zu nehmen, wenn die Partei nicht durch einen Advocaten vertreten ist. Schriftsätze, mittels deren dem Gegner der Widerruf oder die Kündigung der Vollmacht zur Processführung oder zur Vornahme einzelner Processhandlungen und die Bestellung eines anderen Advocaten angezeigt wird, sind ohne irgend eine Beschlussausfertigung zuzustellen (§ 131 Gesch.-O.).

8. Zu den §§ 40, 200 (S. 76, 337).

1. Die Einzahlung von Gebüren, Geldstrafen und sonstigen Beträgen, für deren richtigen Eingang von amtswegen gesorgt

Digitized by Google

werden muss, ist bei jedem Gerichte ausschließlich von dem durch den Gerichtsvorsteher dazu bestimmten Beamten der Zustellungsabtheilung oder durch den Zustellungsbeamten zu betreiben.

Dazu gehört insbesondere die Zahlung:

1. der während eines gerichtlichen Verfahrens auflaufenden Gebüren, welche von den Parteien zu berichtigen sind (Gebüren abgeordneter gerichtlicher Beamten und Diener, vom Adressaten nicht berichtigte Zustellungsgebüren, Gebüren der Notare als Gerichtscommissäre, der Vollstreckungsorgane, Zeugen und Sachverständigen, Gebüren für die gerichtliche Anfertigung von Protokolls- und Beilageabschriften und von Rubriken, Kosten von Verlautbarungen, für arme Parteien vorschussweise bestrittene Gebüren u. s. w.);

2. der in bürgerlichen Rechtssachen oder in Strafsachen verhängten Geldstrafen (Ordnungs-, und Muthwillensstrafen, Geldstrafen zur Erwirkung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen u. s. w.), einschließlich der durch strafgerichtliche Urtheile verhängten Geldstrafen (§§ 50 ff. der Vollzugsvorschrift zur Strafprocessordnung);

3. der einem Verwalter bei Erledigung der Verwaltungsrechnung rechtskräftig auferlegten Ersätze, die durch Einrechnung auf die zugesprochene Belohnung oder auf den Ersatz des Aufwandes nicht hereingebracht werden können (§ 118 E. O.).

Bis zur Einleitung der Execution gegen den Zahlungspflichtigen haben sich die richterlichen Beamten des Gerichtes mit der Einhebung von Gebüren, Geldstrafen und anderen an das Gericht zu leistenden Zahlungen nicht zu befassen (§ 104 Gesch.-O.).

2. Die einzuhebenden Beträge, mit Ausnahme der Zustellungsgebüren, sind dem mit der Zahlungsbetreibung betrauten Beamten, sobald die Zahlungspflicht feststeht, mittels Gebürenzettels nach Formular Nr. 15 bekanntzugeben; die Gebürenzettel sind von dem Kanzleibeamten (Kanzleigehilfen) der Gerichtsabtheilung oder des richterlichen Beamten zu unterschreiben, bei welchem die Sache anhängig ist oder war. Sollen für ein anderes Gericht aus Anlass gewährter Rechtshilfe oder aus anderen Gründen derlei Geldbeträge eingehoben werden, so ist das Ersuchen, wenn es nur die Einhebung betrifft, unmittelbar aus der Einlaufstelle dem Beamten zu übergeben, der die Einzahlung zu betreiben hat; sonst erfolgt dessen Beauftragung, wie bei den Zahlungsansprüchen des eigenen Gerichtes, mittels Gebürenzettels des Kanzleibeamten (Kanzleigehilfen) der Ge-

Digitized by Google

richtsabtheilung oder des richterlichen Beamten, an welchem das Schreiben gelangte.

Die Kosten der Einschaltung von Edicten in die öffentlichen Blätter oder anderer Verlautbarungen sind unmittelbar von der Zustellungs- und Executionsabtheilung (Zustellungsabtheilung) dem mit der Zahlungsbetreibung betrauten Beamten mittels Gebürenzettels bekanntzugeben.

Die ausständigen Zustellungsgebüren sind unmittelbar aus den Zustellungsbüchern zu entnehmen; die Zustellungsgebüren, die für andere Gerichte eingehoben werden müssen, sind aus den einlangenden Zustellungsscheinen vor deren Uebersendung an die einzelnen Abtheilungen oder Kanzleibeamten unter fortlaufenden Zahlen in ein besonderes Verzeichnis einzutragen.

Die Gebürenzettel und Ersuchen um Einhebung von Geldbeträgen sind in chronologischer Ordnung nach Jahrgängen aufzubewahren (§ 105 Gesch.-O.).

3. Die zahlungspflichtige Partei ist unter Bestimmung einer achttägigen Frist und unter Androhung der zwangsweisen Eintreibung zur Zahlung aufzufordern (Zahlungsauftrag); dies gilt insbesondere auch für die Einhebung von Zustellungsgebüren, welche bei Vornahme der Zustellung nicht bezahlt wurden.

Der Zahlungsauftrag ist nach Formular Nr. 16 auszufertigen. Bei Einforderung der Kosten für eine angeordnete Einschaltung eines Edictes in öffentliche Blätter ist, soweit nicht vom Gerichte etwas anderes verfügt wird, die Androhung der zwangsweisen Eintreibung durch die Benachrichtigung zu ersetzen, dass die Einschaltung des Edictes und die Zustellung des zu verlautbarenden Beschlusses an die Betheiligten erst nach Einzahlung der Kosten erfolgen wird. Die Einforderung der Kosten hat in diesem Falle mittels des Formulares Nr. 17 zu geschehen (§ 106 Gesch.-O.).

Die Gerichte, die am Anweisungsverkehre des Postsparcassenamtes theilnehmen, haben allen Aufträgen und Aufforderungen einen entsprechend ausgefertigten Empfangs-Erlagsschein zur Verwendung für die Einzahlung beizuschließen (§ 102 Gesch.-O.).

4. Die Ausfertigung des Zahlungsauftrages liegt dem mit der Zahlungsbetreibung betrauten Beamten ob, der auch den Zahlungsauftrag zu unterschreiben hat. Ein Entwurf des Zahlungsauftrages wird nicht zurückbehalten, sondern die Erlassung des Zahlungsauftrages unter Angabe des Datums auf dem Gebürenzettel, im Zustellungsbuche oder in dem Verzeich-

Digitized by Google

nisse der Zustellungsgebüren, die für andere Gerichte einzu heben sind, bei der fraglichen Post angemerkt.

Im Zahlungsauftrage ist der Name und das Amtszimmer des Beamten anzugeben, der zur Empfangnahme der Zahlung berechtigt ist. Die Zahlungsaufträge ergehen unter der im Gebürenzettel angegebenen Geschäftszahl oder unter der Zahl des Verzeichnisses über fremde Zustellungsgebüren, bei Zustellungsgebüren aber, die in einem Zustellungsbuche vorgemerkt sind, unter der Geschäftszahl der ursprünglichen Zustellung mit dem Beisatze „Gebür“.

Die Zahlungsaufträge sind wie gerichtliche Erledigungen zuzustellen; Zahlungsaufträge, die durch Gerichtsdiener zugestellt werden, sind als besondere Zustellungsstücke mit den übrigen gleichzeitig übergebenen Schriftstücken in das Zustellungsbuch des Dieners einzutragen. Für die Zustellung von Zahlungsaufträgen ist eine Zustellungsgebür nicht einzuheben.

Die ausgefertigten Zahlungsaufträge sind vor ihrer Absendung dem Beamten zur Einsicht vorzuweisen, bei dem die Einzahlung stattzufinden hat. Er hat jede vorgeschriebene Gebür, mit Ausnahme von Zustellungsgebüren, auf Grund der vorgelegten Zahlungsaufträge sogleich in das Geldbuch einzutragen (§ 107 Gesch.-O.).

Bei Gerichten, bei welchen nur ein Kanzleibeamter angestellt ist, hat die Vorschreibung im Geldbuche und die Ausfertigung der Zahlungsaufträge ohne Ausfertigung von Gebürenzetteln zu geschehen (§ 108 Gesch.-O.).

5. Die Einzahlung hat zu Handen des Beamten zu erfolgen, welchem der Vorsteher des Gerichtes die Führung des Geldbuches übertragen hat; andere gerichtliche Beamte sind zur Empfangnahme solcher Zahlungen nicht berechtigt. Der Gerichtsdiener, der den Zahlungsauftrag zustellt, kann vom Gerichtsvorsteher ermächtigt werden, Zahlungen bis zum Betrage von 20 fl. in Empfang zu nehmen. Die Ermächtigung zur Empfangnahme ist unter Angabe des einzuhebenden Betrages durch Vermerk auf den Acten oder sonst in schriftlicher Form zu ertheilen und der Partei vorzuzeigen (§ 96, Gesch.-O.). Der Gerichtsdiener hat in diesem Falle die Zahlung auf dem der Partei übergebenen Zahlungsauftrage zu bestätigen und den übernommenen Betrag sogleich nach der Rückkunft zu Gericht dem zur Empfangnahme der Zahlung berechtigten Beamten zu übergeben. Der Empfang ist von letzterem auf dem zugehörigen Actenstücke oder auf einem besonderen Blatte durch Angabe des Betrages und der Geldbuchpost zu bestätigen. Mit dieser

Digitized by Google

Empfangsbestätigung hat sich der Diener gegenüber dem Beamten, der mit der Zahlungsbetreibung beauftragt ist, über die Ausführung seines Auftrages auszuweisen. Alle unmittelbaren Einzahlungen sind diesem Beamten täglich unter Angabe der Zahlungsaufträge, auf die sie sich beziehen, von dem Beamten, der das Geldbuch führt, mitzutheilen und auf Grund dieser Nachricht unverweilt in die Gebürenzettel, Zustellungsbücher oder in das Verzeichnis über fremde Zustellungsgebüren einzutragen.

Dem zur Empfangnahme der Zahlungen ermächtigten Beamten liegt auch die Abführung der eingezahlten Beträge an das Steueramt, den Ortsarmenfond oder an die bezugsberechtigten Personen und Behörden ob.

Die auf Ersuchen eines anderen Gerichtes eingehobenen Geldbeträge sind ohne Schreiben mittels Postanweisung oder durch das Postsparcassenamt zu übersenden. Auf dem Coupon der Postanweisung, auf dem Erlagscheine oder auf dem Check ist die Geschäftszahl des Ersuchens, der eingezahlte Betrag und das absendende Gericht anzugeben; die Absendung ist durch einen entsprechenden Vermerk im Geldbuche bei der betreffenden Einzahlungspost festzustellen. Die Belege über die Einzahlung zur Post sind nach Jahrgängen in der Reihenfolge der Geldbuchsposten, auf welche sie sich beziehen, aufzubewahren.

Eine Bestätigung über den Empfang der übersendeten Beträge ist im Verkehre zwischen inländischen Gerichten auch dann nicht zu fordern, wenn die Zahlung nicht im Anweisungsverkehre des Postsparcassenamtes bewirkt wurde.

In gleicher Weise kann die Auszahlung an die zum Bezuge von Gebüren berechtigten Personen stattfinden (§ 109, Gesch.-O.).

Zahlungen, die von einem am Anweisungsverkehre betheiligten Gerichte zu erfolgen haben, sind mit Check anzuweisen (§ 102 Gesch.-O.).

6. Nach fruchtlosem Ablaufe der im Zahlungsauftrage gegebenen Frist hat der mit der Zahlungseintreibung betraute Beamte die Execution einzuleiten. Dies geschieht dadurch, dass er den Namen der zahlungspflichtigen Person, den schuldigen Betrag und das Vermögen, auf welches Execution geführt werden soll, dem zur Executionsbewilligung berufenen Richter des Gerichtes oder des am Sitze des Gerichtshofes befindlichen Executionsgerichtes mit dem Ersuchen um Eintreibung im Executionswege mittheilt; als solches Ersuchen genügt die

Digitized by Google

Beifügung der Worte „Um executionsweise Einhebung wird gebeten“. Muss die Execution im Sprengel eines anderen Gerichtes geführt werden, so ist dieses in derselben Weise um die Eintreibung des Betrages zu ersuchen; das Ersuchen ist jedoch in diesem Falle vom Vorsteher des Gerichtes durch Beisetzung seiner Unterschrift zu genehmigen.

Die Einleitung der Execution zur Eintreibung von Beträgen, die für ein anderes Gericht einzuheben sind, unterbleibt, wenn sich die Partei durch einen Postschein ausweist, den Betrag mittels Postanweisung oder durch das Postsparcassenamt unmittelbar an das ersuchende Gericht abgesendet zu haben. Das Datum des Postscheines ist bei der Vorschreibung der Zahlung (Gebürenzettel, Zustellungsbuch u. s. w.) zu notieren (§ 110 Gesch.-O).

7. Geldstrafen sind durch executionsweise Abnahme und Verkauf eines entsprechenden Theiles des vorgefundenen beweglichen Vermögens einzutreiben (§ 2 J. M. V. vom 5. November 1852, Nr. 227 R.-G.-Bl., und §§ 3 und 4 der Justiz-Ministerialverordnung vom 11. Februar 1855, Nr. 30 R.-G.-Bl.).

Wo diese Art der Execution, wie bei Gebüren, Ersätzen u. a. nicht zulässig ist oder wo sie ohne Erfolg versucht wurde, ist gegen die zahlungspflichtige Partei die Execution nach Maßgabe der Bestimmungen der Executionsordnung einzuleiten und durchzuführen.

Dem mit der Betreibung der Einzahlung betrauten Beamten kommt in diesem Verfahren die Stellung eines betreibenden Gläubigers zu. Wird die Execution zu Gunsten einer bezugsberechtigten Privatperson geführt (Zeugen, Sachverständige u. s. w.), so sind die aus Anlass des Executionsverfahrens zu entrichtenden Stempel- und Gebürenbeträge aus dem Executionserlöse vor der Gebürenforderung zu bezahlen. Mit dem zu deren Bezahlung verfügbaren Executionserlöse ist nach § 109 zu verfahren.

Der mit der Zahlungsbetreibung betraute Beamte hat von der Einleitung der Execution abzusehen, wenn die zum Bezuge berechtigte Privatperson selbst die Execution zu führen sich bereit erklärt oder auf die Execution verzichtet.

Wenn wegen Geldstrafen auf Liegenschaften Execution geführt werden soll, ist die Finanzprocuratur um die Executionsführung durch das Gericht zu ersuchen (§ 3 J. M. V. vom 5. November 1852, R.-G.-Bl. Nr. 227 und § 5 J. M. V. vom 11. Februar 1855, Nr. 30 R.-G.-Bl.). Der mit der Zahlungs-

Digitized by Google

betreibung betraute Beamte hat über die Nothwendigkeit einer solchen Executionsführung dem Richter (Vorsitzenden des Senates), der die Geldstrafe verhängt hat, wenn sie aber von einem höheren Gerichte verhängt wurde, dem Richter oder Senatsvorsitzenden, bei dem die Sache in erster Instanz anhängig war, oder dem vom Vorsteher des Gerichtes sonst dazu bestimmten richterlichen Beamten kurz schriftlich zu berichten.

In gleicher Art ist über die Uneinbringlichkeit des einzuhebenden Betrages zu berichten. Auf Grund der ertheilten Bewilligung ist der Betrag im Geldbuche als uneinbringlich abzuschreiben (§ 111 Gesch.-O.).

8. Gebüren, die aus Anlass der Gewährung der Rechtshilfe erwachsen und nicht aus dem Amtspauschale berichtigt werden müssen, sind dem ersuchenden Gerichte bei Erledigung des Ersuchens mit dem Bemerken bekannt zu geben, den Gebürenbetrag unmittelbar an das Geldbuch einzusenden, z. B. „an das Geldbuch des Bezirksgerichtes N.“, oder „an das Bezirksgericht N. (für das Geldbuch)“. Die Erledigung des Ersuchens ist vor ihrer Absendung dem mit der Führung des Geldbuches und dem mit der Zahlungsbetreibung betrauten Beamten zur entsprechenden Vormerkung vorzulegen (Vid. Geldbuch — Vid. Zustellungsbeamter o. ä.).

Wenn die Gebür innerhalb einer angemessenen Zeit nicht eingeht, hat der mit der Zahlungsbetreibung betraute Beamte das Ersuchen um Einsendung der Gebür zu erneuern und sodann alle weiteren Schritte einzuleiten, welche nach Lage der Sache zur Erlangung der Gebürenzahlung vorzunehmen sind. Auch in diesem Falle hat weder der Leiter der Abtheilung für Rechtshilfesachen, noch ein anderer richterlicher Beamter mit der Einhebung der Gebür etwas zu thun; deren Betheiligung an der Ordnung der Gebürenfrage ist mit dem nach Absatz 1 gestellten Begehren um Uebersendung der Gebür zu Ende (§ 112 Gesch.-O.).

9. Soferne nach dem Gesetze Geld, Geldwert oder Wertpapiere in der Gerichtskanzlei zu erlegen sind oder dieser Erlag neben dem gerichtlichen Erlage zugelassen ist (§§ 261, 284, 285, 296, 366, 386, 393 E. O. u. a.) hat der Erlag zu Handen des mit der Führung des Geldbuches betrauten Beamten zu erfolgen (§ 113 Gesch.-O.).

9. Zu § 60 (S. 110).

Die Anträge nach Absatz 2 und 3 können bei Bezirksgerichten in der Gerichtskanzlei zu Protokoll genommen werden (§ 319 Gesch.-O.); wenn die Partei nicht durch einen Advocaten vertreten.

Digitized by Google

10. Zu § 62 (S. 112).

Der Antrag nach Absatz 1 kann bei Bezirksgerichten in der Gerichtskanzlei zu Protokoll genommen werden (§ 319 Gesch.-O.).

11. Zu § 63 (S. 114).

Die mit der Bewilligung des Armenrechtes verbundenen Begünstigungen (§ 64 C. P. O.) kommen nur derjenigen Person zu, der das Armenrecht gewährt wurde. Sie gehen weder auf deren Rechtsnachfolger über, noch nehmen die Streitgenossen daran theil. Falls unter mehreren Streitgenossen nur einer oder einige das Armenrecht genießen, sind die aus Anlass des Rechtsstreites zu entrichtenden Stempel und andere Staatsgebüren von den übrigen Streitgenossen allein im vollen Betrage zu entrichten (§ 1 M. V. v. 23. Mai 1897, Nr. 130 R.-G.-Bl.).

Die Bewilligung des Armenrechtes erstreckt sich auf das Rechtsmittelverfahren und auf das in der Rechtssache stattfindende Executionsverfahren, vorausgesetzt, dass im letzteren Falle zwischen der rechtskräftigen Beendigung des Processes und der Einleitung des Executionsverfahrens nicht mehr als ein Jahr verstrichen ist. Sonst muss die Bewilligung des Armenrechtes für das Executionsverfahren mittels besonderen Ansuchens bei dem Gerichte erwirkt werden, das zur Bewilligung der Execution zuständig ist.

Eine einstweilige Befreiung von der Berichtigung der Kosten, welche durch den Vollzug einer Haft entstehen (§ 366 E. O.) ist mit der Bewilligung des Armenrechtes nicht verbunden (§ 2 M. V. vom 23. Mai 1897, Nr. 130 R.-G.-Bl.).

Alle Eingaben einer Partei, welche das Armenrecht genießt, sind auf dem ersten Bogen an der Stelle, wo sonst der Stempel angebracht wird, mit dem Worte „Armenrecht“ zu bezeichnen. In gleicher Weise ist auf den gerichtlichen Protokollen, wenn nicht von einer anderen Partei der Protokollstempel entrichtet werden muss, die Bewilligung des Armenrechtes ersichtlich zu machen (§ 3 M. V. vom 23. Mai 1897, Nr. 130 R.-G.-Bl.).

12. Zu den §§ 64, 465 (S. 116, 692).

1. Mit der Vertretung armer Parteien in Rechtssachen, für welche die Vertretung durch Advocaten gesetzlich nicht geboten ist, sowie mit der Abfassung und Ueberreichung von Berufungsschriften für arme Parteien ohne Advocaten (§ 64, Z. 4 C. P. O. und § 90 G. O. G.) können außer den Beamten der Staatsanwaltschaft sowohl richterliche als nicht richterliche Beamte

Digitized by Google

des Processgerichtes betraut werden. Bei letzteren ist darauf zu achten, ob sie die für die Aufgaben eines Processbevollmächtigten im einzelnen Falle erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen besitzen, und es sollen nebstdem Personen von der Vertretung armer Parteien thunlichst ferne gehalten werden, von denen zu befürchten ist, dass sie derlei Vertretungen dazu benützen könnten, um sich auch mit anderen Parteisachen zu befassen und Parteien Rathschläge zu ertheilen oder für sie Eingaben anzufertigen.

Der amtliche Vertreter, der einer Partei zur Wahrung ihrer Rechte bei der mündlichen Verhandlung beigegeben wird (§ 64, Z. 4 C. P. O.) ist von der Uebertragung der Vertretung an berechtigt, für die arme Partei alle Processhandlungen vorzunehmen, zu welchen die einem Advocaten ertheilte Processvollmacht kraft des Gesetzes ermächtigt (§ 31 C. P. O.).

Die Bestellung eines amtlichen Vertreters für die arme Partei erfolgt in dem Beschlusse, der auf Grund der Klage ergeht, wenn aber die Vertretung sich nur auf die Abfassung und Ueberreichung der Berufungsschrift bezieht, durch besonderen Beschluss.

Die Uebertragung der Vertretung wird dadurch bewirkt, dass das Concept des Beschlusses dem zum Vertreter bestellten staatsanwaltschaftlichen oder gerichtlichen Beamten zur Einsicht vorgelegt wird; von der armen Partei ist dem amtlichen Vertreter eine Vollmacht nicht zu ertheilen.

Dem amtlichen Vertreter ist weder eine Abschrift des Protokolles über die Klage, noch eine Ausfertigung des anzufechtenden Urtheiles zuzustellen; er hat nach Empfang des Vertretungsauftrages beides in den Gerichtsacten einzusehen.

Der für die Ueberreichung der Berufungsschrift beigegebene amtliche Vertreter hat im Eingange der Berufungsschrift auf den gerichtlichen Beschluss Bezug zu nehmen, durch den er diesen Auftrag erhielt (§ 133, Gesch.-O.).

2. Die Beträge, welche zur Bestreitung von Gebüren und Auslagen für arme Parteien vorläufig aus dem Staatsschatze geleistet werden müssen, sind aus dem Amtspauschale zu entnehmen. Erreichen dieselben eine solche Höhe, dass das Amtspauschale nach Abzug dieses Aufwandes seinen sonstigen Zwecken nicht mehr genügen würde, so ist der Oberlandesgerichtspräsident um Ergänzung des Amtspauschales zu ersuchen. Bei Gerichtshöfen sowie bei Bezirksgerichten mit größerem Geschäftsumfange sind die für die arme Partei geleisteten Vorschüsse in einer Tabelle nach Formular Nr. 18 vorzumerken.

Digitized by Google

Die zur Aufnahme in die Tabelle bestimmten Aufträge und Beschlüsse müssen dem Beamten, der mit der Führung der Tabelle betraut ist, in geeigneter Weise zur Kenntnis gebracht werden; ebenso die vorkommenden Zahlungen oder Rückzahlungen, wenn sie nicht von diesem Beamten selbst geleistet oder entgegengenommen werden.

Falls dem Gegner der armen Partei der Ersatz von Processkosten auferlegt wird, sind die noch nicht erstatteten Beträge an Gebüren und Auslagen (§ 64, Z. 5) durch das Gericht unmittelbar beim Gegner einzuheben (§§ 104ff.). In gleicher Weise findet die gerichtliche Einhebung der vorgeschossenen Auslagen und Gebüren statt, wenn die zum Armenrechte zugelassene Partei zur Nachzahlung der Beträge verhalten wird, von deren Berichtigung sie auf Grund des Armenrechtes einstweilen befreit war (§ 134, Gesch.-O.).

3. Wenn von mehreren an einem gerichtlichen Verfahren betheiligten Personen einzelne das Armenrecht genießen, so sind die Gebüren, welche die befreite Person in dem Verfahren hätte aufwenden müssen, mittels eines Verzeichnisses nach Formular Nr. 19 vorzumerken.

Das Verzeichnis ist für jede Rechtssache besonders zu führen und nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens oder nach dem Aufhören der Vormerkung dem zur Gebürenbemessung bestimmten Amte in Urschrift zu übersenden (§ 136, Gesch.-O.).

4. Die nach Ziffer 4 aufgenommene Klage ist mit einem in Urschrift auf dem Protokolle anzubringenden Vermerke in Urschrift zu übersenden (§ 200, Gesch.-O.).

13. Zu § 65 (S. 117).

1. Gesuche um Bewilligung des Armenrechts sind auch bei Gerichtshöfen in der Gerichtskanzlei aufzunehmen (§ 319, Gesch.-O.). Wenn sie dem Processgerichte übersendet werden müssen, sind die Protokolle ohne richterliche Beschlussfassung lediglich mit einem kurzen, die Uebersendung betreffenden Vermerke in Urschrift zu überschicken. Der Vermerk ist gleichfalls in Urschrift auf dem Protokolle anzubringen und dem Richter zur Unterschrift vorzulegen (§ 200, Gesch.-O.).

2. Auf Grund von Zeugnissen, die vor mehr als einem halben Jahre vor Anbringung des Gesuches um Bewilligung des Armenrechts ausgefertigt und bestätigt sind, darf eine Bewilligung des Armenrechts nur stattfinden, wenn die im einzelnen Falle zur Ausfertigung oder Bestätigung des Zeugnisses berufenen Behörden innerhalb der letzten sechs Monate die fortdauernde Richtigkeit des Zeugnisses durch eine auf diesem angebrachte

Digitized by Google

schriftliche Erklärung bekräftigt haben. Bei Abgabe dieser Erklärung ist in derselben Weise, wie bei der ursprünglichen Ausfertigung und Bestätigung vorzugehen (§ 6, M. V. vom 23. Mai 1897, Nr. 130 R.-G.-Bl.).

3. Das Zeugnis ist von dem Gemeindevorsteher oder einem zu dessen Vertretung berufenen Mitgliede des Gemeindevorstandes derjenigen Gemeinde auszufertigen, in welcher die Partei zur Zeit ihren Wohnsitz oder Aufenthalt hat, und bedarf, sofern es sich nicht um Gemeinden mit eigenen Statuten handelt, der Bestätigung der landesfürstlichen politischen Bezirksbehörde. Der Gemeindevorsteher des Ortes, an welchem sich eine Partei, die im Inlande ihren Wohnsitz hat, nur vorübergehend aufhält, darf ein Zeugnis zum Zwecke der Erlangung des Armenrechtes nicht ausfertigen (§ 7, M. V. v. 23. Mai 1897, Nr. 130 R.-G.-Bl.).

4. Die Partei kann das Begehren um Ausstellung des Zeugnisses zur Erlangung des Armenrechtes bei dem Gemeindevorsteher oder in der Gemeindekanzlei ihres Wohnsitzes oder ständigen Aufenthaltes mündlich oder schriftlich anbringen.

Das Zeugnis ist nach Formular Nr. 1 der M. V. vom 23. Mai 1897, Nr. 130 R.-G.-Bl., auszufertigen. Die Partei kann bei mündlicher Anbringung des Begehrens ein entsprechend vorbereitetes Formular vorlegen; insbesondere kann sie auch die Erklärung des Hauseigenthümers und des Seelsorgers (Vorstandes der israelitischen Cultusgemeinde) vor der Anbringung des Begehrens selbst erwirken.

Wird das Begehren schriftlich gestellt, so muss dem Gesuche jedenfalls der ausgefüllte und von der Partei unterschriebene Fragebogen beiliegen.

Wenn dies nach den besonderen Umständen nothwendig oder zweckmäßig erscheint, und insbesondere in zweifelhaften Fällen, kann der Gemeindevorsteher vor der Entscheidung über die Ertheilung oder Verweigerung des Zeugnisses das Gutachten des Gemeindeausschusses oder der mit der Durchführung der öffentlichen Armenpflege in der Gemeinde betrauten Organe einholen (§ 11, M. V. v. 23. Mai 1897, Nr. 130 R.-G.-B.).

Der Gemeindevorsteher hat das Zeugnisformular, nöthigenfalls nach Vervollständigung der Angaben des Zeugniswerbers und der Auskünfte des Hauseigenthümers, dem Seelsorger des Zeugniswerbers (Vorstand der israelitischen Cultusgemeinde) im kurzen Wege zur Erklärung über die Richtigkeit der vom Zeugniswerber angegebenen Umstände zu übersenden.

Die Uebersendung hat zu unterbleiben, wenn:

Digitized by Google

1. Der Seelsorger (Vorstand der israelitischen Cultusgemeinde) die Mitwirkung bei der Ertheilung solcher Zeugnisse überhaupt ablehnt, oder

2. wenn er weder in der Gemeinde noch in deren Nähe seinen Amtssitz hat.

Der Ortsseelsorger (Vorstand der israelitischen Cultusgemeinde) kann die Richtigkeit der Angaben des Zeugniswerbers ganz oder bloß theilweise bestätigen oder die Angaben als durchaus unrichtig erklären, oder endlich erklären, dass er sich einer Aeußerung über diese Angaben enthalten müsse, weil ihm die Verhältnisse des Zeugniswerbers nicht hinreichend genau bekannt sind.

Verweigert der Ortsseelsorger (Vorstand der israelitischen Cultusgemeinde) eine Aeußerung, so hat der Gemeindevorsteher dies durch den Beisatz zu beurkunden: „Dem Seelsorger (Vorstand der israelitischen Cultusgemeinde) zur Einsicht übersendet, aber ohne Bemerkung zurückgelangt“ (§ 12 M. V. v. 23. Mai 1897, Nr. 130 R.-G.-Bl.).

Das von dem Gemeindevorsteher ausgefertigte Zeugnis ist ohne Zuschrift unter Umschlag an die landesfürstliche politische Bezirksbehörde einzusenden. Wenn sich der Zeugniswerber dazu erbietet, kann ihm das Zeugnis ausgefolgt werden, damit er selbst die Bestätigung der landesfürstlichen politischen Bezirksbehörde einhole.

Das mit der Bestätigung versehene Zeugnis ist von der landesfürstlichen politischen Bezirksbehörde der Partei auszuhändigen, falls diese sich zu dessen Empfangnahme dort meldet, sonst aber der Partei durch Vermittlung des Gemeindevorstehers zu übersenden (§ 13 M. V. v. 23. Mai 1897, Nr. 130 R.-G.-Bl.).

In Städten mit eigenen Gemeindestatuten obliegt die Ausfertigung der Zeugnisse dem Bürgermeister oder sie werden im Auftrage des Bürgermeisters und in dessen Namen von einer der mit den Geschäften des übertragenen Wirkungskreises betrauten städtischen Behörden ausgefertigt. Die Gemeindeorgane, welche Zeugnisse zur Erlangung des Armenrechtes auszufertigen oder zu bestätigen haben und die Anordnungen über das Verfahren für Erwirkung und Ertheilung solcher Zeugnisse sind in den einzelnen Gemeinden mit eigenen Statuten öffentlich kundzumachen und dem Justizministerium zur Verlautbarung durch das Justizministerial-Verordnungsblatt unverweilt mitzutheilen (§§ 14, 15, 16, M. V. v. 23. Mai 1897, Nr. 130 R.-G.-Bl.).

Die Zeugnisse sind nach Formular 2 auszufertigen. In die hiebei zu verwendenden Blankette können nach Maßgabe

Digitized by Google

der erlassenen Anordnungen Ergänzungen aufgenommen werden (§ 17, M. V. v. 23. Mai 1897, Nr. 130 R.-G.-Bl.).

5. Die Verweigerung des Zeugnisses oder seiner Bestätigung ist der Partei unter kurzer Angabe der Gründe durch einen Bescheid, gegebenenfalls auf der Rückseite des überreichten Zeugnisformulares mitzutheilen. Der Bescheid muss eine Belehrung über das Recht zur Beschwerdeführung und über die Recursfrist enthalten.

Das Zeugnisformular mit dem Bescheide ist der Partei mit thunlichster Beschleunigung zurückzustellen (§ 18, M. V. v. 23. Mai 1897, Nr. 130 R.-G.-Bl.).

Der Rechtszug gegen abweisende Erledigungen des Gemeindevorstehers geht an die politische Bezirksbehörde, gegen abweisende Erledigungen der Gemeinden mit eigenen Statuten, der politischen Bezirksbehörden und gegen abweisende Recurserledigungen an die politische Landesbehörde, gegen abweisende Erledigungen der Pupillarbehörde an deren Recursinstanz (§§ 19, 20, M. V. v. 23. Mai 1897, Nr. 130 R.-G.-Bl.).

14. Zu § 66 (S. 120).

Entscheidungen über Gesuche um Gewährung des Armenrechtes, in welchen ausgesprochen ist, dass der armen Partei ein Advocat beizugeben ist, sind der Partei sammt den Gesuchsbeilagen, die nicht bei Gericht zurückbehalten werden, durch Vermittlung des Ausschusses der Advocatenkammer zuzustellen, die den Advocaten für die arme Partei zu benennen hat. Der Beschluss ist dem Ausschusse in einer einzigen Ausfertigung zuzusenden und von diesem vor Zustellung an die Partei durch die Einfügung des Namens des Advocaten zu ergänzen, welcher der Partei zur vorläufigen unentgeltlichen Wahrung ihrer Rechte beigegeben wird. Die Zusendung der Beschlussausfertigung dient zugleich als Benachrichtigung des Ausschusses von der Bewilligung des Armenrechtes (§ 132, Gesch.-O.).

15. Zu § 69 (S. 122).

Das Gericht, zu dessen Kenntnis gelangt, dass jemand in einem wegen des Armenrechtes ertheilten Zeugnisse wissentlich unrichtige Angaben gemacht oder Unrichtiges wissentlich als wahr bestätigt hat, hat dies zum Zwecke der Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche der zuständigen Finanzprocuratur anzuzeigen (§ 135, Gesch.-O.).

16. Zu § 74, Anm. 1 (S. 128).

1. Auskünfte oder Aufklärungen, nach welchen sich außerhalb einer mündlichen Verhandlung oder Tagsatzung ein

Digitized by Google

Bedürfnis ergibt, sind entweder durch kurze schriftliche Aufforderungen (Formular 13) zur Uebersendung von Acten, zur Beibringung von Beweisen, zur Bekanntgabe von Adressen, Vorlage von Urkunden u. s. w., oder durch mündliche Einvernehmung der Parteien zu verschaffen. In gleicher Weise sind durch mündliche Einvernehmung alle Zwischenfälle zu erledigen, für welche eine förmliche mündliche Verhandlung nicht vorgeschrieben ist und die unmittelbare Besprechung mit der Partei oder deren Vertreter der Sachlage nach als das beste Mittel erscheint, um Fragen und thatsächliche Verhältnisse einfach und rasch aufzuklären oder zu ordnen. Die Einvernehmung von Personen, die sich nicht am Orte des Gerichtes aufhalten, kann durch das Abfordern schriftlicher Aeußerungen ersetzt werden.

Die Aufforderung, vor Gericht zur Auskunftsertheilung oder zur Einvernehmung zu erscheinen, kann mittels Vorladezettels nach Formular Nr. 14, oder wenn das Porto gedeckt oder voraussichtlich einbringlich ist, mittels Correspondenzkarte geschehen. Wo keine weitere Vorbereitung nöthig ist, genügt es, den Zweck des Erscheinens durch die Worte „zur Auskunftsertheilung“ oder „zur Einvernehmung“ auszudrücken.

Unter den angegebenen Voraussetzungen wird von der Einvernehmung der Parteien und Betheiligten insbesondere Gebrauch zu machen sein, um Mängel der Processfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung oder der Ermächtigung zur Processführung zu beseitigen oder zu ermitteln, ob mit dem Aufschub von Processhandlungen für die processunfähige Partei oder deren Gegner Gefahr verbunden ist (§§ 6, 8, 9 C. P. O.), um die Bedenken, welche gegen die Echtheit einer Vollmacht bestehen, zu beheben (§ 30), um die Aufklärungen zu erlangen, welche das Gericht bei einer Entscheidung über die Entziehung des Armenrechts und deren Rechtsfolgen (§ 72) oder bei der Entscheidung über die Einleitung eines vorbereitenden Verfahrens bedarf (§ 247), oder um der Partei bei Fristverlängerungen oder Fristkürzungen, bei Erstreckung von Tagsatzungen u. s. w. die von ihr zu bescheinigenden Umstände zu bezeichnen.

Die Einvernehmung (Anhörung) kann, soweit nicht für den einzelnen Fall im Gesetze etwas anderes angeordnet ist, ohne gleichzeitige Anwesenheit der übrigen einzuvernehmenden Personen und ohne Aufnahme eines Protokolles geschehen; es genügt ein kurzer schriftlicher Actenvermerk über das Ergebnis der Einvernehmung.

Ebensowenig erfordert die Einvernehmung, dass jeder der zu befragenden Personen Gelegenheit gegeben wird, sich über die

von den übrigen Personen abgegebenen Erklärungen zu äußern (§ 86,-Gesch. O.).

Ladungen zur Ertheilung von Auskünften, zu informierenden Einvernehmungen, zur Besprechung über die Beseitigung von Formgebrechen an Schriftsätzen und andere Ladungen, für welche nicht eigentliche Zustellung vorgeschrieben ist, können mittels des Telephones erfolgen (§ 100, Gesch.-O.).

2. Schriftliche Eingaben können auch im telegraphischen Wege erfolgen (§ 89 G. O. G.). Sie müssen in der für sie sonst vorgeschriebenen Form mittels Schriftsatz wiederholt werden, wenn der Depesche wesentliche gesetzliche Erfordernisse des Schriftsatzes fehlen. Dem Erfordernisse der Unterschrift der Partei oder des Advocaten kann durch die nachfolgende kurze, schriftliche Erklärung, mit dem Inhalte der Depesche einverstanden zu sein oder sie zu vertreten, und dem Erfordernisse der Beilegung von Urkunden durch die nachträgliche Einsendung der Urkunden und der nothwendigen Abschriften genügt werden.

Ist ein Schriftsatz in mehreren Ausfertigungen zu überreichen, so sind diese nachträglich an das Gericht zu übersenden, wenn nicht schon die Depesche das Ersuchen enthält, Abschriften der telegraphischen Eingabe auf Kosten der Partei anzufertigen.

Der zur Deckung dieser Kosten voraussichtlich erforderliche Geldbetrag muss, sofern es sich nicht um dem Gerichte bekannte Parteien oder Advocaten handelt, gegen Verrechnung angewiesen oder durch einen Beauftragten in der Gerichtskanzlei erlegt werden.

Die Ueberreichung des Schriftsatzes, sowie alle angegebenen nachträglichen Mittheilungen, Sendungen und Erläge müssen spätestens innerhalb dreier Tage nach Ablauf der Frist, welche für die fragliche schriftliche Eingabe festgesetzt ist, mangels einer solchen Frist aber innerhalb dreier Tage nach Einlangen der Depesche geschehen. In diese Fristen sind auch die Tage des Postenlaufes der Schriftsätze, Mittheilungen oder Sendungen, einzurechnen. Bei Versäumung der dreitägigen Frist ist auf die Depesche nicht weiter Bedacht zu nehmen.

Beschlüsse, durch welche die Rechte anderer Personen berührt werden (z. B. Bewilligung einer grundbücherlichen Eintragung, der Concurseröffnung u. s. w.) dürfen erst nach Einlangen des Schriftsatzes oder der in Absatz 1 erwähnten schriftlichen Erklärungen gefasst werden (§ 97, Gesch.-O.).

Die Vorschriften des § 97, Gesch.-O. finden keine Anwendung, wenn die Partei oder ihr für die Rechtssache be-

Digitized by Google

stellter Bevollmächtigter am Orte des Gerichtes, bei dem die Eingabe zu überreichen ist, in dessen Sprengel oder im Sprengel des diesem Gerichte übergeordneten Gerichtshofes erster Instanz wohnt. Schriftliche Eingaben an das Gericht, die im telegraphischen Wege erfolgen, müssen in diesem Falle noch vor Ablauf der Frist, welche für die Anbringung der Eingabe festgesetzt ist, in der für sie sonst vorgeschriebenen Form wiederholt werden, widrigens auf die Depesche kein Bedacht genommen werden darf und die Eingabe als verspätet eingebracht anzusehen ist (§ 98).

17. Zu § 75, Anm. 2 (S. 130).

Die Nummer der Gerichtsabtheilung, an welche eine Eingabe gehört, ist entweder auf dem Rubrum der Eingabe unter der Bezeichnung des Gerichtes oder auf der ersten Seite des Textes in der Ueberschrift, als Beisatz zur Benennung des Gerichtes anzugeben.

In Eingaben, durch welche eine neue Rechtssache anhängig gemacht wird, ist die Abtheilungsnummer auf Grund der veröffentlichten Uebersicht über die Geschäftsvertheilung anzugeben.

Grundbuchssachen sollen außerdem auf dem Rubrum in auffälliger Weise als solche bezeichnet werden (§ 30, Gesch.-O.).

Eingaben, welche zu Rechtssachen gehören, die vor dem 1. Jänner 1898 anhängig geworden sind, ist von den Parteien die Registratursbezeichnung (Actenzeichen), soweit sie ihnen bekannt ist, beizufügen (§ 1 V. v. 5. Mai 1897, Nr. 113 R.-G.-Bl.). Dieselbe tritt an die Stelle der Geschäftnummer und es ist, sobald das neue Actenzeichen der Partei bekannt ist, statt der Registratursbezeichnung das Actenzeichen zu setzen.

Das Actenzeichen setzt sich zusammen aus der Bezeichnung des Registers, in das die Sache eingetragen wird, aus der Registerzahl und aus den beiden letzten Ziffern der Jahreszahl: C 425/98. Auf Ausfertigungen und sonstigen Schriftstücken, welche zugestellt oder behändigt werden, ist in der oberen rechten Ecke der ersten Textseite die Geschäftszahl anzugeben, welche aus dem Actenzeichen als Zähler und der Ordnungsnummer als Nenner in Bruchform zu bilden ist: $\frac{C\ 425|98}{9}$ (§§ 264, 266, Gesch.-O.).

Um die Zustellung den jeweiligen Verhältnissen möglichst anpassen zu können, ist bei Protokollierung von mündlich an, gebrachten Klagen, Anträgen und Gesuchen darauf zu dringen dass die Adressen der Betheiligten genau unter Bezeichnung der letzten Post und des Gerichtsbezirkes angegeben werden. Wenn

Digitized by Google

sich in dieser Hinsicht auf schriftlichen Eingaben, die zu einer Postzustellung Anlass geben, Unvollständigkeiten und Ungenauigkeiten in den Adressen finden, so sind sie regelmäßig ohne Zurückstellung der Eingabe durch Einvernehmung der Partei in der Gerichtskanzlei oder durch Aufforderung zur schriftlichen Mittheilung der näheren Daten(§ 86, Gesch.-O. bei § 74 Nachtrag) zu beseitigen (§ 211, Gesch.-O.).

Ueber die Beiziehung eines Dolmetsches ist § 134, Gesch.-O. bei § 207 (Nachtrag) zu vergleichen.

18. Zu § 79 (S. 137).

Bei Gerichtshöfen dürfen in Civilprocessachen nur Gesuche um Bewilligung des Armenrechtes (§ 65 C. P. O.), Anträge auf Ablehnung von Gerichtspersonen und die zur Zuständigkeit der Schiedsgerichte der Unfallsversicherungsanstalten und der Schiedsgerichte für Bruderladen gehörigen Klagen in der Gerichtskanzlei zu Protokoll genommen werden (§ 319, Gesch.-O.).

Ueber Mittheilungen von Parteien oder anderen Betheiligten, die ohne einen Antrag zu enthalten, für Ladungen, Ersuchen oder andere gerichtliche Verfügungen Bedeutung haben, ist ohne Unterschied, ob sie einem richterlichen Beamten, der Gerichtskanzlei oder einem Vollstreckungsorgane gemacht werden, kein Protokoll aufzunehmen, sondern es sind solche Mittheilungen durch einen kurzen von der Gerichtsperson zu unterschreibenden Vermerk in den Acten festzustellen, wobei gegebenenfalls zum Nachweise des Datums oder zur Sicherstellung der Richtigkeit anderweitiger Umstände (z. B. bei Bekanntgabe einer Wohnungsänderung) die Unterschrift des Ueberbringers der Mittheilung begehrt werden kann. In gleicher Weise ist, ohne Aufnahme eines Protokolles, die Ausfolgung von Urkunden oder anderer vom Richter, in der Gerichtskanzlei oder vor einem Vollstreckungsorgane verwahrter Gegenstände zu bestätigen (z. B. bei Rückstellung der gemäß § 82 C. P. O. niedergelegten Urkunden oder bei Ausfolgung von Schriftstücken nach § 219, Abs. 3 C. P. O.) (§ 88, Gesch.-O.).

19. Zu den §§ 81, 82 (S. 140).

Die Vorweisung der Originalbeilagen hat durch die Gerichtskanzlei zu erfolgen; ein Antrag auf Abkürzung der Einsichtsfrist ist ohne Aufschub dem Richter (Vorsitzenden des Senates) zur Entscheidung vorzulegen; Parteien, welche anwesend sind, ist die Entscheidung sogleich in der Gerichtskanzlei mündlich bekannt zu machen, und dass dies geschehen, durch einen kurzen Actenvermerk zu beurkunden, in dem auch

Digitized by Google

die Dauer der abgekürzten Frist angegeben werden muss (§ 313, Gesch.-O.).

Die Rückstellung der Urkunden kann auf dieselbe Weise durch die Gerichtskanzlei erfolgen und durch einen kurzen Vermerk in den Acten beurkundet werden (§ 88, Gesch.-O.).

Der Antrag auf Vorweisung der Originalurkunde kann bei Bezirksgerichten in der Gerichtskanzlei zu Protokoll genommen werden (§ 319, Gesch.-O.).

20. Zu § 85 (S. 143).

1. Das Gericht soll den Parteien nicht durch Zweifelsucht und Aengstlichkeit oder durch Zurückweisung der Eingaben wegen des Mangels von Förmlichkeiten, die entweder unwesentlich sind oder bei der mündlichen Verhandlung leicht nachgeholt werden können, Schaden verursachen.

Formgebrechen eines Schriftsatzes sollen in der Regel ohne dessen Rückstellung beseitigt werden, wenn die Partei oder deren Vertreter im Orte des Gerichtes ihren Wohnsitz haben. Die Beseitigung des Formgebrechens wird in diesem Falle durch eine mündliche Verfügung an die Gerichtskanzlei (Kanzleiabtheilung) angeordnet.

Der Gerichtskanzlei liegt sodann ob, die Partei oder deren Vertreter zum Erscheinen in der Gerichtskanzlei aufzufordern (§ 86, Abs. 3, bei § 74 C. P. O.) und ihnen hier entweder bloß die erforderlichen Aufträge und Anweisungen zu ertheilen oder darauf hinzuwirken, dass die Verbesserungen sogleich in der Gerichtskanzlei unter Anleitung des Kanzleiorganes thatsächlich vorgenommen werden; eine Beurkundung durch Aufnahme eines Protokolles findet nicht statt.

Bei der Aufforderung zum Erscheinen ist mitzutheilen, welche Urkunden oder sonstigen Schriftstücke mitzubringen sind.

Wenn die Beseitigung von Formgebrechen auf diesem Wege nicht innerhalb dreier Tage nach Ueberreichung des Schriftsatzes bewirkt werden kann, so ist dieser nachträglich mit den nöthigen Anweisungen der Partei zurückzustellen; zu diesem Zwecke hat die Gerichtskanzlei den Schriftsatz nach Ablauf der bezeichneten Frist unter mündlicher Berichterstattung dem Richter (Vorsitzenden des Senates) vorzulegen (§ 89, Gesch.-O.). Ladungen können auch auf telephonischem Wege erfolgen (§ 100, Gesch.-O.).

2. Die Bestimmung des § 85, Abs. 2 C. P. O. findet auch auf die Fristen für Erhebung von Rechtsmitteln Anwendung (§ 89, Gesch.-O.).

Digitized by Google

3. Beschwerden der Betheiligten gegen Gerichte, Gerichtsvorsteher und richterliche Beamte wegen Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege können bei dem Vorsteher des unmittelbar übergeordneten Gerichtes oder, wenn sie gegen das Mitglied eines Gerichtshofes erhoben werden, auch beim Präsidenten dieses Gerichtshofes angebracht werden. Alle nicht offenbar unbegründeten Beschwerden sind dem betreffenden Gerichte oder richterlichen Beamten mit der Aufforderung mitzutheilen, binnen bestimmter Frist der Beschwerde abzuhelfen und darüber Anzeige zu erstatten, oder die entgegenstehenden Hindernisse bekannt zu geben. Mit der Aufforderung kann unter Umständen die Androhung von Disciplinarmaßregeln verbunden werden.

Beschwerden, die gegen Oberlandesgerichte oder gegen den Obersten Gerichts- und Cassationshof erhoben werden, sind bei dem Präsidenten dieser Gerichtshöfe, Beschwerden, welche gegen die Präsidenten selbst gerichtet sind, beim Justizministerium anzubringen und in sinngemäßer Anwendung der Vorschriften des ersten Absatzes zu erledigen.

Gegen Beamte der Gerichtskanzlei und Vollstreckungsbeamte können Beschwerden wegen Nichtbefolgung oder unrichtiger Vollziehung der ihnen gesetzlich obliegenden oder vom Gerichte aufgetragenen Amtshandlungen, sofern nicht für einzelne Fälle etwas anderes angeordnet ist, mündlich oder schriftlich bei den mit der Aufsicht über die Gerichtskanzlei betrauten richterlichen Beamten, bei dem Executionscommissär oder bei dem Vorsteher des Gerichtes angebracht werden, bei dem der Beamte verwendet wird.

Diese haben, nöthigenfalls nach Vernehmung des Beamten, das Erforderliche vorzukehren, um die Partei thunlichst bald klaglos zu stellen (§ 78, Ger.-Verf.-Ges.).

21. Zu § 88 (S. 146).

1. Zustellungen in bürgerlichen Rechtssachen sind im Inlande, im Local- und im Fernverkehre in der Regel durch die Post zu vollziehen, wenn sich am Zustellungsorte ein ärarisches oder nicht ärarisches Postamt befindet oder wenn dem Gerichte bekannt ist oder von der Partei bekannt gegeben wird, dass mit dem Zustellungsorte eine Ruralpostverbindung besteht.

Wurde irrthümlich die Postzustellung nach einem Orte eingeleitet, der nicht in Ruralpostverbindung steht, und kann demzufolge die Zustellung von dem auf der Adresse angegebenen Postamte nicht erwirkt werden, so wird dieses Postamt die Sendung dem Bezirksgerichte, in dessen Sprengel die Zustel-

Digitized by Google

lung erfolgen soll, abtreten und den Anlass dieser Uebersendung durch einen auf den Umschlag geklebten Zettel mit dem Vermerke „dem k. k. Bezirksgerichte .... zur Zustellung, da mit dem Adressorte keine Ruralpostverbindung besteht“ bekanntgeben. Das Bezirksgericht hat sodann die Zustellung entweder durch die Organe der Gemeinde oder des Gutsgebietes oder durch Gerichtsdiener vornehmen zu lassen und den Rückschein unmittelbar an das ersuchende Gericht zu senden. Auf dem Rückscheine ist anzugeben, dass die Zustellung statt durch die Post durch die Gemeinde oder durch den Gerichtsdiener erfolgte (§ 343, Gesch.-O.).

2. Zustellungen innerhalb des Gerichtsortes, die durch die Post bewirkt werden könnten, sind Gerichtsdienern zu übertragen:

1. wenn die Zustellung bei Vornahme eines Executionsactes zu geschehen hat (z. B. §§ 253, 360, 395 E. O.);
2. wenn die Zustellung durch Gerichtsdiener, wie in kleineren Orten, zweckmäßiger erscheint;
3. wenn die unverzügliche Ausführung der Zustellung geboten ist, wie z. B. Ladungen zu einer bereits eröffneten mündlichen Verhandlung oder zu einer dringenden Einvernehmung, oder wenn sonst die Zustellung durch die Post nicht mehr rechtzeitig erfolgen könnte;
4. wenn die Zustellung an eine arme Partei oder deren Vertreter in dem Postbestellbezirke des Aufgabepostamtes erfolgen soll;
5. endlich sind Ausfertigungen von Erkenntnissen oder Zahlungsaufträgen, welche der unmittelbaren Gebürenbemessung unterliegen, Todfallsaufnahmen und andere Gebürenstücke dem Steueramte stets durch Gerichtsdiener zuzustellen.

In der nächsten Umgebung des Gerichtsortes ist die Zustellung durch die Post oder durch Gerichtsdiener zu vollziehen, je nachdem die eine oder andere Art der Zustellung zweckmäßiger, rascher oder billiger ist und genügendes Dienerpersonale zur Verfügung steht (§ 344, Gesch.-O.).

Wenn andernfalls die Zustellung nicht mehr rechtzeitig vorgenommen werden könnte und der Ersatz der Postzustellung durch eine andere Zustellungsart nicht angemessen erscheint, kann bei Postzustellungen auch die Expresszustellung oder die Zustellung durch die pneumatische Post angewendet werden.

Für solche Sendungen muss die volle Gebür bei der Aufgabe entrichtet werden (§ 345, Gesch.-O.).

Digitized by Google

3. Zustellungen, die nicht durch die Post bewirkt werden können, weil die Voraussetzungen des § 343, Abs. 1, nicht zutreffen oder weil die Postzustellung im einzelnen Falle gesetzlich verboten ist, z. B. die Zustellung eines Zahlungsverbotes an den Drittschuldner (§ 294 E. O.), sind in der Regel durch Organe der Gemeinde (Bestellte der Geschäftsführer ausgeschiedener Gutsgebiete) zu vollziehen, in deren Gebiet die Zustellung vorgenommen werden soll.

Statt Gemeindeorganen (Organen des Gutsgebietes) ist die Zustellung Gerichtsdienern aufzutragen, wenn in besonders dringlichen Fällen die Entsendung eines Gerichtsdieners die Zustellung erheblich zu beschleunigen vermag oder wenn die Organe einer Gemeinde oder eines Gutsgebietes außerstande sind, die Zustellung zu besorgen oder doch deren ordnungsmäßige Ausführung und verlässliche Beurkundung ausreichend zu verbürgen.

Die Gerichtshöfe haben wegen aller Zustellungen, die außerhalb des Gerichtsortes anders als durch die Post erfolgen sollen (§ 36 J. N.), und die Bezirksgerichte wegen aller Zustellungen, die nach einem Orte außerhalb ihres Gerichtssprengels anders als durch die Post bewirkt werden sollen, in der Regel das Bezirksgericht des Zustellungsortes zu ersuchen, welches die Zustellung nach Maßgabe der Vorschriften der vorhergehenden Absätze durch Organe der Gemeinde oder des Gutsgebietes oder durch Gerichtsdiener ausführen lässt. Das unmittelbare Ersuchen eines zu einem fremden Gerichtsbezirke gehörigen Gemeindeamtes (Geschäftsführers des Gutsgebietes) um die Zustellungsvornahme ist nur zulässig, wenn die Gemeinde oder das Gutsgebiet in einem dem ersuchenden Gerichte benachbarten Gerichtsbezirke gelegen sind und es bekannt ist, dass Zustellungen durch deren Organe vorgenommen werden.

Für das Ersuchen um Zustellung genügt es, wenn auf dem Umschlage, unter dem das zuzustellende Schriftstück dem Bezirksgerichte, Gemeindeamte oder dem Geschäftsführer des Gutsgebietes übersendet wird, neben der Adresse der Vermerk „Ersuchen um Zustellung“ angebracht ist; die Ausfertigung besonderer Ersuchschreiben wegen Vornahme einer Zustellung ist unstatthaft (§ 346, Gesch.-O.).

4. Schriftstücke, welche durch die Post zugestellt werden sollen, sind unter einem mit dem Amtssiegel verschlossenen Umschlage und mit der genauen Adresse versehen, der Post zu übergeben. Auf dem Umschlage ist auch die Benennung des Gerichtes und die Geschäftszahl des Schriftstückes anzugeben (§ 349, Gesch.-O.).

Digitized by Google

Schrifstücke, die durch Gerichtsdiener oder durch Organe der Gemeinde oder eines Gutsgebietes zugestellt werden, sind dem Adressaten in der Regel unverschlossen zu übergeben. Schriftstücke, die sich auf personen- und familienrechtliche Angelegenheiten (Ehestreitigkeiten, Vaterschaftssachen, Verlängerung der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt, Curatelsverhängungen u. s. w.) beziehen, sind unter einem mit dem Amtssiegel verschlossenen Umschlage zur Zustellung zu übergeben, wenn das Bekanntwerden ihres Inhaltes für den Empfänger der Zustellung oder für dritte Personen ehrverletzend sein würde oder doch ihrem Rufe zum Nachtheile gereichen könnte, oder wenn durch das Bekanntwerden eine dem Empfänger sonst geschuldete Rücksicht verletzt würde (§ 362, Gesch.-O.).

22. Zu § 89 (S. 148).

1. Die Bestimmung der Zustellungsart und die Erlassung der zur Vollziehung einer Zustellung sonst noch nöthigen näheren Anordnungen liegt demjenigen richterlichen Beamten ob, der die zur Zustellung gelangende Erledigung beschlossen hat, in Rechtssachen aber, die einem Senate zugewiesen sind, je nachdem die Erledigung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten oder in Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit außer Streitsachen ergeht, dem Vorsitzenden des Senates oder demjenigen Referenten für Gerichtsbarkeit außer Streitsachen, dem die Angelegenheit zugetheilt ist.

Die Verfügung geschieht durch einen kurzen Beisatz zum Ausfertigungsentwurfe oder zu dem an die Gerichtskanzlei ergehenden Ausfertigungsauftrage; hiebei sind die in den folgenden Paragraphen für die Bezeichnung der einzelnen Zustellungsarten vorgeschriebenen Abkürzungen zu verwenden.

Für die Bezeichnung der Personen, die eine Ausfertigung erhalten sollen, genügt in der Regel die Angabe ihrer Stellung im Verfahren (Kläger, Beklagter, Nebenintervenient, beide Parteien, sämmtliche Streitgenossen, Antragsteller, Gegner des Antragstellers, Vertreter des Klägers u. s. w.).

Die Adressen dieser Personen sind auf dem Ausfertigungsentwurfe nicht anzugeben, sondern in der Regel auf Grund der Acten lediglich auf den Zustellungs-(Rück-)Schein oder auf den Umschlag der Sendung zu schreiben.

Insoferne bei den Personen, die mit der Leitung des Zustellungsdienstes betraut sind, auf eine ausreichende Kenntnis der Vorschriften über Zustellungen gerechnet werden kann, ist eine ausdrückliche richterliche Verfügung über die Zustellung überall dort entbehrlich, wo die Zustellung in der nach

Digitized by Google

dem Inhalte des Schriftstückes und nach dem Zustellungsorte regelmäßigen Zustellungsart geschehen soll und auch sonst kein Anlass zu besonderen Weisungen an die Zustellungsorgane vorliegt. Ebenso ist eine ausdrückliche Zustellungsverfügung bei allen Erledigungen zu unterlassen, die sich in gleichförmiger Weise so häufig wiederholen, dass die Gerichtskanzlei einer besonderen Weisung über die Zustellungsart und über die übrigen Einzelheiten der Zustellung nicht mehr bedarf (§ 211, Gesch.-O.).

2. Die Verwendung von Gerichtsdienern zur Zustellung wird, sofern gemäß § 211 darüber eine besondere Verfügung erforderlich ist, dadurch angeordnet, dass neben dem Namen oder der Bezeichnung der Behörde oder Person, an welche durch Gerichtsdiener zugestellt werden soll, das Wort „Gerichtsdiener“ in entsprechender Abkürzung gesetzt wird. Bei Bestellungen an eine andere Abtheilung oder an ein Organ desselben Gerichtes ist eine derartige besondere Anordnung nicht nothwendig (§ 37).

Dass ein Schriftstück, welches durch Gerichtsdiener oder Organe der Gemeinde (Gutsgebiet) bestellt werden soll, unter Umschlag zu übergeben sei, ist durch eine Abkürzung des Wortes „Verschlossen“ anzuordnen.

Zustellungen, die nur zu eigenen Handen erfolgen dürfen, sind in der Zustellungsverfügung durch die Beisetzung des Wortes „blau“ oder „gelb“, je nach der Farbe des zu verwendenden Zustellungsscheines (Rückscheines) zu bezeichnen; wo eines dieser Worte fehlt, ist Ersatzzustellung mit Benützung der weißen Zustellungs- oder Rückscheine zulässig.

Bei Zustellungen an Personen des Mannschaftsstandes des Heeres, der Kriegsmarine, der Landwehr und der Gendarmerie, die in activer Dienstleistung stehen (§ 92 C. P. O.), ist dem Namen oder der Bezeichnung der betreffenden Person in der Zustellungsverfügung die Benennung des Commandos beizufügen, durch welches die Zustellung erfolgen muss (§ 342).

3. Wenn die Bestellung an den Procuristen geschehen kann, ist neben dem Namen oder der Bezeichnung der Firma oder des Principals in Abkürzung zu setzen „Procurist“.

Zustellungen, die mittels Uebergabe an die Post oder durch Hinterlegung bei Gericht geschehen sollen, weil dem gerichtlichen Auftrage zuwider ein Zustellungsbevollmächtigter nicht namhaft gemacht wurde (§§ 95, 96 C. P. O.), sind durch die Worte „Postübergabe“ oder „gerichtliche Hinterlegung“ zu kennzeichnen.

Um der Gefahr einer Ersatzzustellung an den Gegner vorzubeugen (§§ 102, 103, Abs. 2 C. P. O.), ist dem Namen

Digitized by Google

oder der Bezeichnung der betreffenden Person beizufügen „keine Ersatzzustellung an N."

Die Ermächtigung, dass das Schriftstück vom Postzustellungsorgane oder vom Gerichtsdiener dem Gemeindevorsteher (Geschäftsführer ausgeschiedener Gutsgebiete) zur Zustellung übergeben werden darf (§ 107 C. P. O.), ist durch den Beisatz „nöthigenfalls Gemeindevorsteher (Geschäftsführer des Gutsgebietes) in N." zu ertheilen.

Wenn Zustellungen zwischen Advocaten stattfinden, hat die Verfügung die Bemerkung „zwischen Advocaten" zu enthalten (§ 212, Gesch.-O.).

4. Im Falle der Dringlichkeit ist die Beschleunigung der Zustellung oder die Einhaltung einer bestimmten Frist durch die Zusätze „Sofort", „Noch heute", „Zustellung bis . . . ." aufzutragen.

Wenn die Erlaubnis, eine Zustellung an Sonn- oder Feiertagen oder zur Nachtzeit zu bewirken, gleich bei Erledigung des fraglichen Beschlusses ertheilt wird, ist dem Namen oder der Bezeichnung der Person, an welche eine derartige Zustellung zulässig sein soll, bloß das Wort „Nacht", „Sonntag", „Feiertag" beizufügen. Die Gerichtskanzlei (Kanzleiabtheilung) hat sodann bei Herstellung der Ausfertigung, welche zugestellt werden soll, und zwar regelmäßig auf deren linker Seite die Clausel anzubringen: „Die Zustellung darf auch an Sonntagen, (Feiertagen, zur Nachtzeit) erfolgen". Bei der Unterzeichnung des Beschlusses ist auch diese Clausel von dem richterlichen Beamten zu unterschreiben.

Zustellungen durch öffentliche Bekanntmachung (§§ 115, 119, 121, Abs. 2 C. P. O.) werden angeordnet, indem zum Namen der fraglichen Person in Abkürzung die Worte: „Oeffentliche Bekanntmachung; Anschlagefrist . . Tage" hinzugesetzt werden. Bei Zustellungen an den Curator (§§ 116, 119, 121, Abs. 2 C. P. O.) ist der Beisatz „Curator" mit dem Namen des bestellten Curators hinzuzufügen; dieser Beisatz schließt schon die Weisung in sich, das Edict durch Anschlag an der Gerichtstafel und einmalige Einschaltung in die für die amtlichen Bekanntmachungen des Gerichtes benützte Zeitung zu verlautbaren. Die mehrmalige Veröffentlichung oder die Veröffentlichung des Edictes in anderen Zeitungen muss besonders angeordnet werden. Soll die Edictseinschaltung unterbleiben (§ 117, Abs. 3 C. P. O.), so ist der Gerichtskanzlei durch die abzukürzenden Worte „ortsübliche Kundmachung" der Auftrag zu geben, letztere einzuleiten (§ 213, Gesch.-O.).

Digitized by Google

23. Zu § 91 (S. 150).

1. Ueber mündlich vorgebrachte Beschwerden wegen des Verhaltens eines Zustellungsorganes ist in dem Falle, als der Vorsitzende, der mit der Aufsicht über die Gerichtskanzlei betraute Richter oder der Gerichtsvorsteher dem Begehren der Partei zu willfahren findet, ein Protokoll nicht aufzunehmen, sondern es ist die entsprechende Verfügung unmittelbar auf Grund des mündlichen Vorbringens zu treffen (§ 146, Gesch.-O.).

2. Ueber Weigerungen von Gemeindevorstehern oder Geschäftsführern ausgeschiedener Gutsgebiete, gerichtliche Zustellungen durch ihre Organe bewirken zu lassen, ist an das Justizministerium zu berichten. Kommen Ordnungswidrigkeiten bei der Ausführung übertragener Zustellungen vor, so ist nebst der Reclamation durch entsprechende Aufklärung und Unterweisung einer Wiederholung solcher Verstöße vorzubeugen, wenn dies aber nichts fruchtet und namentlich, wenn die unterlaufenen Verstöße auf Nachlässigkeit oder Uebelwollen zurückzuführen sind, hievon der landesfürstlichen politischen Bezirksbehörde Anzeige zu machen (§ 16, Gesch.-O.).

Zustellungsscheine, die von Gemeindevorstehern oder von Geschäftsführern ausgeschiedener Gutsgebiete nicht rechtzeitig eingesendet werden, sind bei denselben zu reclamieren. Ebenso können wegen mangelhafter Unterfertigung des Zustellungsscheines oder wegen des unrichtigen Vorganges bei Bewirkung der Zustellung an dieselben Reclamationen gerichtet werden. Für solche Reclamationen ist das Formular Nr. 79 zu verwenden (§ 368, Gesch.-O.).

3. Rückscheine, welche nicht rechtzeitig an das Gericht gelangt sind, sind bei dem Aufgabepostamte zu reclamieren.

Reclamationen wegen mangelhafter Unterfertigung der Rückscheine, sowie wegen Unregelmäßigkeiten bei der Vornahme der Zustellung sind an das Abgabepostamt zu richten. Für solche Reclamationen ist das Formular Nr. 71 zu verwenden.

Wenn sich gegen ein mit der Ausführung der Zustellung beauftragtes Organ der Postverwaltung andere Beschwerden ergeben, ist die dem Abgabepostamte vorgesetzte Post- und Telegraphen-Direction um Abhilfe zu ersuchen. Die Umstände, welche zur Beschwerde Anlass geben, sind genau mitzutheilen (§ 356, Gesch.-O.)

24. Zu § 92 (S. 151).

Bei Zustellungen nach Absatz 1 haben sich die Gerichte an das vorgesetzte Commando (Behörde, Anstalt) der betreffenden Person, wenn aber dieses nicht bekannt ist, an das Militär-

Digitized by Google

Stations-Commando des Aufenthaltsortes der betreffenden Person oder, falls an diesem Orte ein solches Commando sich nicht befindet, an das nächstgelegene Militär-Stations-Commando, bei Personen der Landwehr aber an das an dem Aufenthaltsorte befindliche oder diesem nächstgelegene Landwehr- oder auch Militär-Stations-Commando oder an das Gendarmerie-Abtheilungs-Commando zu wenden, welches das Weitere wegen Bewirkung der Zustellung veranlassen wird (§ 342, Gesch.-O.).

Die Benennung des Commandos ist dem Namen oder der Bezeichnung der betreffenden Person in der Zustellungsverfügung beizufügen (§ 212 Gesch.-O.).

25. Zu § 95 (S. 156).

Der Antrag kann bei Bezirksgerichten in der Gerichtskanzlei zu Protokoll genommen werden (§ 319, Gesch.-O.).

26 Zu § 96 (S. 157).

Zustellungen, die mittelst Uebergabe an die Post oder durch Hinterlegung bei Gericht geschehen sollen, sind in der Zustellungsverfügung durch die Worte „Postübergabe“ oder „gerichtliche Hinterlegung“ zu bezeichnen (§ 212, Gesch.-O.)

27. Zu § 97 (S. 159).

Der Antrag kann bei Bezirksgerichten in der Gerichtskanzlei zu Protokoll genommen werden (§ 319, Gesch.-O.).

28. Zu den §§ 100, 221 (S. 162, 339).

1. Die Nachtzeit umfasst in der Zeit vom 1. April bis 30. September die Stunden von 9 Uhr abends bis 4 Uhr morgens, und in der Zeit vom 1. October bis 31. März die Stunden von 9 Uhr abends bis 6 Uhr morgens (§ 45, Gesch.-O.).

2. Als Feiertage haben zu gelten: Der 1. und 6. Jänner, Maria Lichtmess, Maria Verkündigung, Christi Himmelfahrt, der Oster- und Pfingstmontag, der Frohnleichnamstag, der St. Peter- und Paulstag, Maria Himmelfahrt, Maria Geburt, Allerheiligen und Maria Empfängnis nach dem römisch-katholischen Kalender, der 26. December, der Tag des Landespatrons und außerdem für jedes Gericht diejenigen religiösen Festtage, an welchen im Gerichtsorte herkömmlicherweise der geschäftliche Verkehr stillzustehen pflegt. Die letztere Gruppe von Feiertagen ist vom Oberlandesgerichtspräsidenten für die einzelnen Theile seines Sprengels festzustellen und bekannt zu machen (§ 44, Gesch.-O.).

3. Die Erlaubnis, Zustellungen an Sonn- oder Feiertagen oder zur Nachtzeit vorzunehmen, kann bei Gerichtshöfen an

Digitized by Google

Stelle des Senatsvorsitzenden von dem zu dessen Vertretung berufenen Richter (§ 32, G. O. G.) und an Stelle des Vorstehers des Processgerichtes vom Vicepräsidenten des Gerichtshofes (§ 31, G. O. G.) oder von dem gegebenenfalls zur Vertretung des Bezirksgerichtsvorstehers berufenen Einzelrichter des Bezirksgerichtes ertheilt werden (§ 46, Gesch.-O.).

Die Erlaubnis erfolgt durch Anbringung der Clausel „die Zustellung darf auch an Sonntagen (Feiertagen, zur Nachtzeit) erfolgen“ auf der linken Seite der Ausfertigung, welche von dem richterlichen Beamten zu unterschreiben ist (§ 213, Gesch.-O.).

29. Zu den §§ 102, 103 (S. 167).

Wenn die Ersatzzustellung an einzelne Familienangehörige, Hausgenossen, Angestellte, Bedienstete u. s. w. unstatthaft ist, weil diese Personen an dem Rechtsstreite als Gegner des Adressaten betheiligt sind, so ist bei Postzustellungen darüber durch den Vermerk „Keine Ersatzzustellung an N.“ auf dem Umschlage der Sendung die erforderliche Weisung zu geben (§ 351, Gesch.-O.). Die erforderliche Weisung ist auch bei der Zustellungsverfügung durch den gleichen Vermerk zu ertheilen (§ 212, Gesch.-O.).

30. Zu § 104 (S. 168).

Die bei dem Postamte niedergelegten Sendungen, welche der Adressat nicht innerhalb 14 Tagen behoben hat, werden vom Abgabepostamte an den Aufgabsort behufs Rücksendung an das absendende Gericht zurückgeschickt. Die vom Gerichte übernommenen Sendungen sind sodann bei den betreffenden Acten aufzubewahren, die mit Postportomarke versehenen Umschläge dagegen dem Abgabepostamte in kurzem Wege zu übersenden (§ 357, Gesch.-O.).

31. Zu § 106 (S. 177).

1. Zustellungen, die nur zu eigenen Handen erfolgen dürfen, sind in der Zustellungsverfügung durch die Beisetzung des Wortes „blau“ oder „gelb“, je nach der Farbe des zu ververwendenden Zustellungsscheines (Rückscheines) zu bezeichnen (§ 212, Gesch.-O.).

Die gelben Zustellungsscheine sind für Zustellungen in Grundbuch- und Verfachbuchsachen, die blauen Zustellungsscheine für alle anderen Zustellungen zu eigenen Handen bestimmt (§ 351, Gesch.-O.).

2. Sollen von blauen oder gelben Rückscheinen begleitete Sendungen nur zu Handen des Adressaten mit Ausschluss eines

Digitized by Google

jeden Stellvertreters (auch des Postbevollmächtigten) zugestellt werden, so muss dies durch den Vermerk „Nur an die Person des Adressaten“ oder „Zustellung an den Bevollmächtigten ausgeschlossen“ o. a. angeordnet werden (§ 351, Gesch.-O.).

3. Kann die Zustellung von Aufkündigungen nicht bewirkt werden und muss deshalb an die Partei die Aufforderung ergehen, zur Entgegennahme der Zustellung zur bestimmten Zeit anwesend zu sein, so hat das Zustellungsorgan Tag und Stunde für die abermalige Zustellung so zu wählen, dass sowohl die Zustellung, wie die Hinterlegung und die Befestigung der Anzeige der Hinterlegung (§ 104 C. P. O.) zuverlässig noch während der Kündigungsfrist und vor Ablauf des letzten Tages dieser Frist (§ 560, Z. 1 u. 2 C. P. O.) erfolgen kann (§ 347, Gesch.-O.).

32. Zu § 107 (S. 172).

Die Ermächtigung, dass das Schriftstück vom Postzustellungsorgane oder vom Gerichtsdiener dem Gemeindevorsteher (Geschäftsführer des ausgeschiedenen Gutsgebietes) zur Zustellung übergeben werden darf, ist durch den Beisatz „nöthigenfalls Gemeindevorsteher (Geschäftsführer des Gutsgebietes) in N.“ zu ertheilen (§ 212, Gesch.-O.).

Bei Postsendungen ist in diesem Falle auf dem Umschlage der Vermerk anzubringen „Bei Nichtantreffen des Adressaten dem Gemeindevorsteher (Geschäftsführer des Gutsgebietes) zur Zustellung zu übergeben“ (§ 451, Gesch.-O.).

33. Zu § 111 (S. 176).

Die Gerichtskanzlei hat die Anzeigen über Aenderungen des Wohnortes oder der Wohnung entgegenzunehmen; über die Anzeige ist kein Protokoll aufzunehmen, sondern die Adresse lediglich in den Acten zu vermerken (§ 313, Gesch.-O.).

34. Zu § 112 (S. 177).

1. Dem Advocaten der betreibenden Partei ist bei der Zustellung des für diesen bestimmten Schriftstückes zugleich das dem Gegner der betreibenden Partei zuzustellende Schriftstück sammt Beilagen, unverschlossen, gegen Empfangsbestätigung auszuhändigen. Die Empfangsbestätigung muss die Geschäftszahl des Schriftstückes, welches dem Advocaten des Gegners übersendet werden soll, den Namen des Gerichtes und den Tag der Aushändigung enthalten und vom Advocaten der betreibenden Partei unterschrieben sein.

Diese Empfangsbestätigung des Advocaten, welchem zugestellt worden ist, gilt als Beurkundung der an den Gegner

Digitized by Google

der betreibenden Partei bewirkten Zustellung (§ 112, Abs. 2 C. P. O.) und ist im weiteren wie ein von dem Gegner selbst unterfertigter Zustellungsschein zu behandeln (§ 374, Gesch.-O.). Durch diese Bestimmung der Geschäftsordnung, wonach der Anwalt der betreibenden Partei als Zustellungsbevollmächtigter des Gegners erscheint, sind die Anmerkungen 1, 3, 4 und 5 bei § 112, welche der reichsdeutschen Praxis entnommen sind, für unser Gesetz unanwendbar geworden. Die Verweigerung der Annahme seitens des gegnerischen Anwaltes hat durchaus keinen Einfluss auf die Beurtheilung der Rechtmäßigkeit der Zustellung, doch wird es Sache des Anwaltes der betreibenden Partei sein, im Falle der Verweigerung der Annahme die gerichtliche Intervention in Anspruch zu nehmen.

Die Entgegennahme der in Sachen der Zustellung zwischen Advocaten vorgeschriebenen Anzeigen und Mittheilungen obliegt der Gerichtskanzlei (§ 313, Gesch.-O.).

2. Bei Zustellungen von Zahlungsaufträgen im Mandats- und Wechselverfahren, von Aufträgen zur Uebergabe oder Uebernahme eines Bestandgegenstandes nach §§ 562 und 567 C. P. O. und von bedingten Zahlungsbefehlen im Mahnverfahren kann dem im Gerichtsorte wohnhaften Advocaten des Klägers oder Antragstellers auf sein Verlangen, wenn die Zustellung durch die Post geschehen soll und nicht nach den Umständen Bedenken entgegenstehen, überlassen werden, die für den Gegner bestimmte Sendung zur Post aufzugeben. Zu diesem Zwecke ist ihm die Sendung in dem nämlichen Zustande, wie wenn sie vom Gerichte selbst zur Post gegeben würde, unmittelbar bei Gericht auszufolgen.

Ein solches Begehren muss schon in der Klage oder Kündigung oder in dem Gesuche um Erlangung des Zahlungsbefehles oder des Auftrages zur Uebergabe oder Uebernahme des Bestandgegenstandes gestellt werden. Die Zustellungs- und Executionsabtheilung (Zustellungsabtheilung) darf nur die ihr mit dem Vermerke „Postaufgabe durch Advocaten N.“ übergebenen gerichtlichen Sendungen dem benannten Advocaten oder dessen Beauftragten zur Aufgabe ausfolgen.

Der Advocat hat vor der Aufgabe zur Post links oben auf dem Rückscheine die Adresse seiner Kanzlei aufzuschreiben.

Sendungen dieser Art müssen frankiert aufgegeben werden. Den eingelangten Rückschein hat der Advocat jederzeit auf Verlangen des Gerichtes, ohne besonderen Auftrag aber zugleich mit dem Antrage auf Executionsbewilligung oder mit dem ersten sonstigen auf die Zustellung gegründeten Antrag dem Gerichte vorzulegen (§ 354, Gesch.-O.).

Digitized by Google

35. Zu § 114 (S. 180).

Die unmittelbare Ausfolgung zuzustellender Schriftstücke kann durch den abfertigenden Kanzleibeamten (Kanzleigehilfen) oder durch die Zustellungs- und Executionsabtheilung geschehen. Eine besondere Ermächtigung ist nicht erforderlich. Der Adressat muss jedoch dem ausfolgenden Kanzleibeamten (Kanzleigehilfen) bekannt sein oder seine Identität überzeugend nachweisen. Die Ausfolgung an einen Bevollmächtigten ist nur in dem Maße statthaft, als gegebenenfalls auch die Zustellung an den Bevollmächtigten geschehen dürfte. Die Bestimmungen über Ersatzzustellungen sind für die unmittelbare Ausfolgung bei Gericht nicht anwendbar.

Die Person, die das Schriftstück übernimmt, muss dessen Empfang in den Acten selbst oder auf dem Zustellungsscheine durch ihre Unterschrift bestätigen; an Stelle der Beurkundungsclausel ist jedoch der Vermerk „Bei Gericht ausgefolgt“ zu setzen und von der Person, welche das Schriftstück ausfolgt, zu unterschreiben (§ 375, Gesch.-O.).

36. Zu § 115 (S. 182).

Wer nach Einleitung der Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung das für ihn bestimmte, an der Gerichtstafel angeschlagene Schriftstück in Empfang nehmen will, hat sich in der Zustellungs- und Executionsabtheilung (Zustellungsabtheilung) zu melden. Das Schriftstück ist ihm ohne weitere Beurkundung gegen Empfangsbestätigung auf dem Zustellungsscheine auszufolgen und der Zustellungsschein sogleich dem abfertigenden Beamten zu übersenden (§ 372, Gesch.-O.).

Sofern nicht im Gesetze eine längere Dauer des Anschlages vorgeschrieben ist, bleiben Edicte durch einen Monat angeschlagen. Der Tag des Anschlages und der Wiederabnahme ist auf dem Edicte zu vermerken. Das Edict ist nach der Abnahme vom Gerichtsdiener ohne Bericht dem abfertigenden Beamten vorzulegen und von diesem zu den Acten der Sache zu nehmen (§ 373, Gesch. O.).

37. Zu § 116 (S. 183).

Der Antrag kann bei Bezirksgerichten in der Gerichtskanzlei zu Protokoll genommen werden (§ 319, Gesch.-O.).

38. Zu § 117 (S. 184).

Wenn vom Gerichte eine Zustellung an den Curator angeordnet wird, hat die Gerichtskanzlei (Kanzleiabtheilung) das Edict über die Curatorsbestellung auszufertigen, dem Richter (Vorsitzenden des Senates) zur Unterschrift vorzulegen und die

Digitized by Google

Bekanntmachung des Edictes durch Anschlag an der Gerichtstafel und Einschaltung in der Zeitung zu veranlassen (§ 316, Gesch.-O.). Diese Amtshandlung obliegt der Zustellungs- und Executionsabtheilung (§ 37, Gesch.-O.). Die mehrmalige Veröffentlichung oder die Veröffentlichung des Edictes in anderen Zeitungen muss besonders angeordnet werden. Soll die Einschaltung unterbleiben, so ist der Gerichtskanzlei durch die abzukürzenden Worte „ortsübliche Kundmachung“ der Auftrag zu geben, letztere einzuleiten (§ 213, Gesch.-O.).

39. Zu §§ 119, 121 (S. 186, 187).

Der Antrag kann bei Bezirksgerichten in der Gerichtskanzlei zu Protokoll genommen werden (§ 319, Gesch.-O.).

40. Zu § 122 (S. 194).

Ersuchschreiben um Vornahme von Zustellungen sind von der Gerichtskanzlei auszufertigen und dem Richter lediglich zur Unterschrift vorzulegen (§ 316, Gesch -O.).

41. Zu § 126 (S. 199).

Für die Abgabe von Erklärungen, für die Ueberreichung von Schriftsätzen oder für andere Eingaben gesetzte Fristen sind eingehalten, wenn vor Ablauf der Frist die Erklärung am Gerichtstage zu Protokoll gegeben oder die Eingabe dem Richter übergeben wurde (§ 57, Gesch.-O.). Ueber telegraphische Eingaben vergleiche die Bestimmungen der §§ 97, 98, Gesch.-O. bei § 74 (Nachtrag). Die Tage des Postenlaufes werden in die Frist nicht eingerechnet (§ 89, G.-O.-G.). Diese Bestimmung kann auf eine am Gerichtsorte selbst befindliche Partei, welche sich zur Ueberbringung ihrer Eingabe der Localpost bedient, nicht angewendet werden (E. d. O. G. H., Nr. 86 Spr.-R.); wohl aber auf eine vom Gerichtsorte entfernte Partei, welche ihre Eingabe durch einen am Gerichtsorte befindlichen Vertreter überreichen ließ, wenn es durch die Verhältnisse gerechtfertigt erscheint, dass die Intervention eines solchen Vertreters in Anspruch genommen wurde (E. d. O. G. H., Nr. 131 Spr.-R.).

42. Zu § 128 (S. 202).

Bei Festsetzung und Verlängerung von Fristen wird neben der Prüfung der gesetzlichen Bedingungen stets auch der Zweck des betreffenden gerichtlichen Verfahrens zu erwägen und die fragliche Verfügung damit in Einklang zu bringen sein, bei Verlängerung von Fristen darf nicht über die Zeit hinausgegangen werden, die voraussichtlich bis zum Wegfalle des Hindernisses verstreichen wird (§ 84, Gesch.-O.).

Digitized by Google

43. Zu § 130 (S. 207).

1. Bei der Anordnung von Tagsatzungen und Verhandlungen muss nebst den im einzelnen Falle zu erfüllenden gesetzlichen Anforderungen darauf Bedacht genommen werden, jedes Hindernis einer zweckmäßigen Verhandlung im Vorhinein zu entfernen, allen Verzögerungen vorzubeugen, sogleich sämmtliche Betheiligte zuzuziehen, sie mit dem Zwecke ihrer Ladung bekannt zu machen und zur Beibringung der erforderlichen Urkunden oder anderen Schriften anzuweisen.

Lediglich zur Verkündung von Beschlüssen dürfen Tagsatzungen nicht angeordnet werden (§ 114, Gesch.-O.).

2. Die eigentlichen mündlichen Verhandlungen und die demselben Richter obliegenden Einvernehmungen sind nach Thunlichkeit auf verschiedene Tage oder doch auf verschiedene Tageszeiten (Vor- und Nachmittag) zu vertheilen. Mitglieder eines Senates, welche zugleich die Geschäfte eines Untersuchungsrichters, eines beauftragten oder ersuchten Richters zu besorgen oder Gerichtshofsgeschäfte als Referenten für Gerichtsbarkeit außer Streitsachen oder als Einzelrichter zu erledigen haben, sollen die ihnen in dieser Eigenschaft zufallenden Verhandlungen oder Einvernehmungen nicht auf einen der für die Verhandlungen vor dem Senate bestimmten Tage anberaumen.

Die Anzahl der auf jeden einzelnen Verhandlungstag anzusetzenden mündlichen Verhandlungen ist mit Hilfe der sich ergebenden Erfahrungen und unter sorgfältiger Berücksichtigung der Art und des Umfanges der zur Verhandlung gelangenden Fälle so zu bemessen, dass die Geschäftszeit vollständig ausgenützt, zugleich aber die Nothwendigkeit vermieden wird, einzelne mündliche Verhandlungen, ohne sie aufzunehmen, wegen Zeitmangels vertagen zu müssen.

Um auch hierin einem allzu verschiedenartigen Vorgehen vorzubeugen und die Wahrnehmungen der einzelnen Mitglieder des Gerichtes für alle übrigen nutzbar zu machen, soll der Vorsteher des Gerichtes von Zeit zu Zeit gemeinsame Besprechungen der Abtheilungsleiter (Einzelrichter, Senatsvorsitzenden) darüber veranstalten, wie viele Tagsatzungen oder Verhandlungen durchschnittlich auf einen Verhandlungstag anzuberaumen sind (§ 2).

In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sollen erste Tagsatzungen (§§ 239, 440, Abs. 1 C. P. O.) und Tagsatzungen zum Zwecke von Vergleichsverhandlungen (§ 433 C. P. O.) in der Regel in jeder Gerichtsabtheilung nur an einem Tage der Woche abgehalten werden (§ 115, Gesch.-O.).

Digitized by Google

3. Mehrere für denselben Tag anberaumte erste Tagsatzungen (§§ 239, 440, Abs. 1 C. P. O.) sind in der Regel auf die nämliche Stunde anzusetzen, sonst ist die Zeit für die einzelnen Verhandlungen und Einvernehmungen in Civil- und Strafsachen mit Rücksicht auf die wahrscheinliche Dauer aller vorausgehenden Verhandlungen oder Einvernehmungen so festzusetzen, dass die betheiligten Parteien, Advocaten, Zeugen und Sachverständigen bis zum Beginne der Verhandlung oder Vernehmung nicht zu lange warten müssen.

Ist ein Beamter oder öffentlicher Bediensteter, eine entfernter wohnende Person oder jemand, dem durch die Pflicht, vor Gericht zu erscheinen, ein empfindlicher Abbruch an seinem täglichen Erwerbe verursacht wird, in mehreren Rechtssachen als Partei betheiligt oder als Zeuge oder Sachverständiger zu vernehmen, so sind diese Verhandlungen oder Vernehmungen thunlichst zusammenzulegen.

Wo Personen von auswärts kommen sollen, ist der Beginn der Verhandlung oder Einvernehmung unter Berücksichtigung der Ankunftszeit der betreffenden Eisenbahnzüge, Schiffe und Posten festzusetzen. Außerdem sollen Verhandlungen oder Einvernehmungen vor Gericht, zu welchen Parteien aus entfernteren Ortschaften zu erscheinen haben, namentlich im Winter auf eine solche Tageszeit anberaumt werden, dass es diesen Personen möglich ist, noch vor Eintritt der Dunkelheit den Heimweg zurückzulegen. Solche Verhandlungen oder Einvernehmungen sind auch nicht mit Ablauf der Vormittagsgeschäftsstunden abzubrechen, sondern ohne Unterbrechung bis zur Beendigung fortzuführen (§ 116, Gesch.-O.).

4. Sofern nicht wegen anderer Personen, welche bei der Einvernehmung anwesend zu sein das Recht haben, die für eine Einvernehmung anberaumte Tagsatzung eingehalten werden muss, sind insbesondere in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen vorgeladene oder freiwillig vor Gericht erscheinende Parteien, Zeugen, Beschädigte oder Sachverständige, vor allem aber entfernt wohnende Personen, nach Thunlichkeit sogleich zu vernehmen, auch wenn sie zu einer anderen als der festgesetzten Zeit erscheinen (§ 119 Gesch.-O.).

44. Zu § 131 (S. 210).

Ladungen und Benachrichtigungen, die auf Grund eines Anbringens zu Protokoll erfolgen, haben an diejenigen Personen, welchen im Falle schriftlichen Anbringens ein Exemplar des Schriftsatzes zuzustellen wäre, mittels Abschrift des Protokolles, an die Partei, deren Anbringen protokolliert wird,

Digitized by Google

nach Zulässigkeit des Gesetzes durch mündliche, im Protokoll zu beurkundende Mittheilung oder durch unmittelbare Einhändigung eines Vorladezettels oder einer Rubrik, an alle anderen Personen aber mittels Vorladezettels oder mittels kurzer schriftlicher Mittheilungen zu geschehen (§ 90, Gesch.-O.).

45. Zu § 132 (S. 212).

Außerhalb des Gerichtshauses sollen Gerichtsverhandlungen, Tagsatzungen und andere richterliche Acte nur vorgenommen werden, wenn es das Gesetz vorschreibt oder die Natur des Geschäftes es erfordert, wenn es für die Behandlung der Rechtssache oder für die Parteien wesentliche Vortheile mit sich bringt (§ 132 C. P. O.), oder wenn sonst ausreichende sachliche Gründe dafür vorhanden sind. Soweit nicht ein Beschluss eines Senates vorliegt, bedarf die Vornahme von Amtshandlungen außerhalb des Gerichtes der Zustimmung des Gerichtsvorstehers (§ 95, Gesch.-O.).

Ueber die Gerichtstage (§ 57, Gesch.-O.) sind die Bestimmungen bei § 439 angeführt.

46. Zu § 134 (S. 219).

Damit der Rechtsschutz und die Rechtspflege des Gerichtes, ihrem nächsten praktischen Zwecke gemäß, im Verkehre volle Wirkung äußern könne, sind alle gerichtlichen Geschäfte mit der ihrer Natur nach gebotenen Beschleunigung zu behandeln. Bei jedem einzelnen Acte, der in der Rechtssache vorzunehmen ist, soll sich daher der Richter immer gegenwärtig halten, welche Ursachen und Bedürfnisse die Anrufung des Gerichtes veranlasst haben, für welche Lebensverhältnisse und Beziehungen der in der Hauptsache begehrte Ausspruch des Gerichtes von Belang ist, welchen Einfluss deshalb der Zeitpunkt, in dem dieser Ausspruch erfolgt, auf dessen Wert und Nutzen für die Partei hat, und hiernach sowohl selbst jede möglicherweise schädigende Verzögerung vermeiden, als auch von den ihm unterstellten Gerichtspersonen die rascheste Ausführung der ihnen obliegenden Geschäfte fordern.

Insbesondere wird bei allen Zeitbestimmungen im gerichtlichen Verfahren, bei Festsetzung und Verlängerung von Fristen, bei Anberaumung von Verhandlungen und Tagsatzungen und bei Entscheidung über deren Verlegung oder über Erstreckungsanträge, sowie bei der Wahl zwischen den im einzelnen Falle zulässigen Zustellungsarten, neben der Prüfung der gesetzlichen Bedingungen stets auch der Zweck des betreffenden gerichtlichen Verfahrens zu erwägen und die fragliche Verfügung damit in Einklang zu bringen sein. Bei Ver-

Digitized by Google

längerung von Fristen oder Erstreckung von Tagsatzungen darf nicht über die Zeit hinausgegangen werden, die voraussichtlich bis zum Wegfalle des Hindernisses verstreichen wird. Ebenso darf bei der Leitung der vor dem Gerichte stattfindenden Verhandlungen sowie bei der Ausübung der processleitenden Gewalt die Rücksicht auf eine seinem Zwecke entsprechende, schnelle Durchführung des gerichtlichen Verfahrens nie außeracht gelassen werden, und es ist ihretwegen nicht bloß auf die Einhaltung der für gewisse richterliche Acte vorgeschriebenen Fristen, sondern auch auf die genaue Befolgung aller Bestimmungen zu achten, durch welche nach der Absicht des Gesetzes Störungen des Verfahrens, Vertagungen von Verhandlungen und andere nachtheilige Verschiebungen hintangehalten werden sollen (§ 84, Gesch.-O.).

47. Zu § 139 (S. 224).

Wenn die Zustellungs- und Rückscheine über Ladungen zu einer Tagsatzung drei Tage vor der Tagsatzung dem abfertigenden Beamten noch nicht vorgelegt sind, hat dieser den Richter, vor dem die Tagsatzung stattfinden soll (Vorsitzenden des Senates), von der Verzögerung der Zustellung Mittheilung zu machen, damit dieser die schleunige Ausführung der Zustellung, eine telegraphische Ladung oder die Erstreckung der Tagsatzung anordnen oder eine andere der Sachlage entsprechende Verfügung treffen kann (§ 341, Gesch.-O.)

48. Zu den §§ 168, 169 (S. 259, 260).

Die mündlich erstattete Anzeige des vereinbarten Ruhens des Verfahrens, wenn beide Parteien dazu erscheinen, und der Antrag auf Aufnahme des ruhenden Verfahrens können bei Bezirksgerichten in der Gerichtskanzlei zu Protokoll genommen werden (§ 319, Gesch.-O.).

49. Zu § 170 (S. 262).

Eine Benachrichtigung über das Ausbleiben beider Theile von einer zur mündlichen Verhandlung anberaumten Tagsatzung findet nicht statt (§ 170 C. P. O.):

1. wenn die Parteien für den Rechtsstreit Processbevollmächtigte nicht bestellt haben;

2. wenn die Parteien bei einer mündlichen Verhandlung, für welche die Beiziehung eines Advocaten im Gesetze vorgeschrieben ist, ohne Advocaten erscheinen, gleichgiltig, ob sie für die Rechtssache Advocaten bestellt oder die Bestellung unterlassen haben;

Digitized by Google

3. wenn die Parteien außer dem unter Z. 2 angegebenen Falle allein oder in Begleitung von Advocaten erscheinen, jedoch nicht verhandeln oder nach Aufruf der Sache, bevor noch ein gerichtliches Protokoll über die Tagsatzung aufgenommen wird, sich wieder entfernen.

Wenn nicht alle Parteien Processbevollmächtigte bestellt haben, sind nur diejenigen Parteien von dem Ausbleiben zu benachrichtigen, welche durch Processbevollmächtigte vertreten sind (§ 137, Gesch.-O.).

Die Benachrichtigung erfolgt durch die Gerichtskanzlei ohne richterlichen Auftrag und ohne Einholung eines gerichtlichen Beschlusses durch kurze schriftliche Mittheilungen, welche dem Richter zur Unterschrift vorzulegen sind (§ 313, Gesch.-O.).

50. Zu den §§ 183, 301, 369 (S. 287, 472, 538).

Die Herbeischaffung von Urkunden, Auskunftssachen und Augenscheinsgegenständen, die bei einer öffentlichen Behörde oder einem Notare verwahrt sind, erfolgt, falls das Gericht (Vorsitzender des Senates) verfügt hat, dass die Vorlage dieser Urkunden und Gegenstände veranlasst wird (§§ 183, 301, 369 u. a. C. P. O.), durch die Gerichtskanzlei, durch kurze schriftliche Mittheilungen, welche dem Richter zur Unterschrift vorzulegen sind. In dringenden Fällen mündlich (§ 313, Gesch.-O.).

51. Zu § 187 (S. 291).

Die zur Leitung der Verhandlung berufene Person hat sich vor der Tagsatzung über das Vorhandensein von Umständen, die für die Trennung, Verbindung oder Unterbrechung der Verhandlung maßgebend sein können, zu erkundigen und nöthigenfalls die betreffenden Acten zur Verhandlung herbeizuschaffen (§ 121, Gesch.-O.).

52. Zu § 197 (S. 305).

Der Anredeworte „Herr", „Frau", „Fräulein" hat sich das Gericht im mündlichen wie im schriftlichen Verkehre in allen Fällen zu bedienen, in welchen sie im gewöhnlichen Verkehre der Landessitte gemäß üblich sind.

Wer in mündlicher Verhandlung vor Gericht vernommen wird oder das Gericht anredet, hat stehend zu sprechen; sonst ist bei Gericht jedermann ein Sitz zu gestatten. Wegen der körperlichen Beschaffenheit des Sprechenden, wegen Krankheit oder Schwäche, sowie wegen längerer Dauer der Vernehmung kann auch bei der mündlichen Verhandlung vom Gerichte (Vorsitzenden des Senates) ein Sitz gestattet werden (§ 83, Gesch.-O.).

Digitized by Google

Die Bestimmungen der §§ 197 bis 203 sind im Verfahren außer Streitsachen sinngemäß anzuwenden (§ 85, Ger.-Verf.-Ges.).

53. Zu § 202 (S. 310).

Macht sich eine in Strafsachen der Militärgerichtsbarkeit unterstehende Militärperson bei der Verhandlung vor Gericht einer groben Ungebür schuldig oder widersetzt sie sich den zur Erhaltung der Ruhe und Ordnung getroffenen richterlichen Anordnungen, so hat sich der Vorsitzende (Einzelrichter, ersuchter oder beauftragter Richter) wegen Bestrafung dieser Person an deren vorgesetztes Commando (Behörde, Anstalt), wenn aber dieses nicht bekannt ist:

1. an das Militär-Stations-Commando des Aufenthaltsortes der betreffenden Person oder, falls an diesem Orte ein solches Commando sich nicht befindet, an das nächstgelegene Militär-Stations-Commando,

2. bei Personen der Landwehr oder der Gendarmerie aber an das an dem Aufenthaltsorte befindliche oder diesem nächstgelegene Landwehr- oder auch Militär Stations-Commando oder an das Gendarmerie-Abtheilungs-Commando zu wenden (§ 143, Gesch.-O.).

54. Zu § 207 (S. 315).

Wenn an einer Verhandlung Zeugen, Sachverständige oder andere Personen theilnehmen, die der Sprache, in welcher die Verhandlung geführt wird, unkundig sind und sich auch nicht in einer Sprache auszudrücken vermögen, deren der Richter und der Schriftführer mächtig sind, so ist von dem Richter (Vorsitzenden des Senates) zu ihrer Vernehmung ein Dolmetsch beizuziehen. Desgleichen ist zu einer Verhandlung mit tauben, stummen oder taubstummen Personen ein Dolmetsch beizuziehen, sofern eine verlässliche Verständigung mit jenen Personen in anderer Weise nicht erfolgen kann.

Wegen der Betheiligung der Processbevollmächtigten, die der Sprache, in welcher die Verhandlung geführt wird, unkundig sind, darf ein Dolmetsch nicht beigezogen werden.

Dem Dolmetsch ist, wenn er weder Beamter des Gerichtes, noch für die Verwendung als Dolmetsch im allgemeinen beeidet ist, der Eid abzunehmen, dass er das ihm Mitgetheilte getreu übertragen wird. Inwieweit der Dolmetsch wegen Befangenheit abgelehnt werden kann, ist nach § 27 J. N. zu beurtheilen.

Werden die bei dem Gerichte angestellten Beamten oder für beständig und entgeltlich angestellte, beeidete Dolmetsche zu Uebersetzungen oder gerichtlichen Vernehmungen in bürger-

Digitized by Google

lichen Rechtssachen berufen, so haben sie diese Arbeiten unentgeltlich zu verrichten (§ 123, Gesch.-O.).

55. Zu § 208, Anm. 6 (S. 319).

Rügen von Mängeln und Einwendungen gegen die Protokollierung können auch durch kurze Niederschriften erfolgen.

56. Zu § 219 (S. 336).

1. Das Begehren um Ertheilung von Ausfertigungen, Auszügen oder Abschriften kann in der Gerichtskanzlei mündlich gestellt werden (§ 323, Gesch.-O.). Mündlich angebrachte Anträge sind ohne Aufnahme eines Protokolles kurz zu den Acten zu vermerken. Dasselbe gilt von der Erledigung solcher Begehren (§ 322, Gesch.-O).

Für die Ausfertigungen gerichtlicher Erledigungen (§ 56, Abs. 3 G. O. G.) gelten die Vorschriften des § 79, Abs. 1 und 2 G. O. G. betreffs der Fertigung durch den Richter. Nur Abschriften und Auszüge sind von dem Kanzleibeamten zu unterschreiben (§ 191, Gesch.-O.).

Dritten Personen, welche ein rechtliches Interesse glaubhaft machen, dürfen ohne Zustimmung der Parteien Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften nur mit richterlicher Bewilligung ertheilt werden. Diese Bewilligung ist auf Grund des an sie gerichteten Begehrens von der Gerichtskanzlei (Kanzleiabtheilung) zu erwirken; sie steht dem Richter zu, dem die Sache zugewiesen ist (Vorsitzender des Senates), sofern es aber nicht mehr anhängige Rechtssachen betrifft, dem Vorsteher des Gerichtes oder dem von diesem damit beauftragten richterlichen Beamten.

Die richterliche Bewilligung ist auf dem Actenstücke, von welchem eine Ausfertigung, ein Auszug oder eine Abschrift begehrt wird, vom Richter unter Beifügung des Datums und seiner Unterschrift anzumerken (z. B. „Ausfertigung oder Abschrift für A. bewilligt. 12./10. 98"), (§ 323, Gesch.-O.).

2. Die Gewährung der Einsicht in die Acten an Parteien und deren Bevollmächtigte, solange die Acten in der Gerichtskanzlei erliegen, obliegt der Gerichtskanzlei (§ 313, Gesch.-O.). Die Acten müssen unter Aufsicht eines Kanzleibeamten eingesehen werden, Privatpersonen Acten in ihre Wohnung zu übergeben, ist unstatthaft. Dagegen können Acten, die voraussichtlich in der nächsten Zeit nicht bei Gericht benöthigt werden, in berücksichtigungswürdigen Fällen auf Begehren einem anderen Gerichte übersendet werden, damit die Partei in der Gerichtskanzlei dieses Gerichtes in die Acten Einsicht

Digitized by Google

nehmen kann. Die Bewilligung ertheilt der Vorsteher des Gerichtes; die Uebersendung und Rücksendung erfolgt auf Kosten der Partei (§ 288, Gesch.-O.).

3. Welche zu den Acten genommenen Schriftstücke nach der Erledigung der Rechtssache den Parteien herauszugeben und welche zurückzubehalten sind, hat der Richter nach den dafür maßgebenden gesetzlichen Vorschriften im einzelnen Falle zu bestimmen (§ 287, Gesch.-O.).

Vor der Abgabe der Acten an die Registratur sind den Parteien die im § 287 bezeichneten Urkunden und sonstigen Beilagen, Augenscheins- und Auskunftssachen, die sich bei den Acten befinden, auszuhändigen (§ 290, Gesch.-O.).

57. Zu § 220 (S. 337).

Zu vergleichen der Nachtrag bei § 40 über die Einhebung der Geldstrafen.

58. Zu § 221 (S. 339).

Vergleiche den Nachtrag bei § 100 über die gesetzlichen Feiertage.

59. Zu § 222 (S. 340, 343).

Die Gerichtsferien beginnen bei allen Gerichten am 15. Juli und dauern bis einschließlich 25. August. Die Präsidialgeschäfte erleiden durch die Gerichtsferien keine Unterbrechung. Die Geschäftsstunden bleiben während der Gerichtsferien dieselben; die nach Bearbeitung der Feriensachen übrig bleibende Zeit ist von den des Ferialdienstes halber zurückbleibenden Gerichtspersonen zur Förderung nicht dringlicher Sachen zu verwenden (§ 47, Gesch.-O.).

Durch diese Bestimmung erleidet das bei §§ 225, Anm. 2, 128, Anm. 5 auf Grund der Bestimmungen des § 125 über die Berechnung der Fristen aufgestellte Beispiel insofern eine Abänderung, als die am 12. Juli beginnende einmonatliche Frist am 23. September endet und eine Frist, deren Anfang in die Ferien fällt, am 26. August beginnt.

60. Zu § 224 (S. 342).

Die Erklärung, dass eine Rechtssache, die einer schleunigen Erledigung bedarf, oder eine Angelegenheit der Gerichtsbarkeit außer Streitsachen als Ferialsache zu behandeln ist, kann nebst dem Senatsvorsitzenden oder Vorsteher des Gerichtes bei Gerichtshöfen an Stelle des Senatsvorsitzenden von dem zu dessen Vertretung berufenen Richter (§ 32, G. O. G.), und an Stelle des Vorstehers des Processgerichtes vom Vicepräsidenten (§ 31,

Digitized by Google

G. O. G.) oder von dem gegebenenfalls zur Vertretung des Bezirksgerichtsvorstehers berufenen Einzelrichter des Bezirksgerichtes ertheilt werden (§ 47, Gesch.-O.).

61. Zu § 230, Anm. 7 (S. 367).

Von Klagen gegen Militär- und Landwehrpersonen ist das vorgesetzte Commando (Behörde, Anstalt) des Beklagten, wenn aber dieses nicht bekannt ist:

1. Das Militär-Stations-Commando des Aufenthaltsortes der betreffenden Person oder, falls an diesem Orte ein solches Commando sich nicht befindet, das nächstgelegene Militär-Stations-Commando,

2. bei Personen der Landwehr oder der Gendarmerie aber das an dem Aufenthaltsorte befindliche oder diesem nächstgelegene Landwehr- oder auch Militär-Stations-Commando oder das Gendarmerie-Abtheilungs-Commando zu benachrichtigen.

Die vorgeschriebene Benachrichtigung des Obersthofmarschallamtes, der dem Beklagten vorgesetzten Militärbehörde oder des Oberlandesgerichtes, der Oberstaatsanwaltschaft und des Justizministeriums von der Anbringung von Klagen wegen Geldforderungen gegen Hofdiener, Militär- und Landwehrpersonen oder gegen im Justizdienste stehende Beamte und Diener, sowie die Benachrichtigung der übergeordneten autonomen Organe von den gegen Gemeinden und Bezirke angebrachten Klagen obliegt auch ohne richterlichen Auftrag und ohne Einholung eines gerichtlichen Beschlusses der Gerichtskanzlei, sie erfolgt durch kurze schriftliche Mittheilungen, welche dem Richter zur Unterschrift vorzulegen sind (§ 313, Gesch.-O).

62. Zu § 237 (S. 384).

Die außerhalb der mündlichen Verhandlung zu Protokoll erklärte Zurücknahme der Klage kann bei Bezirksgerichten in der Gerichtskanzlei erfolgen (§ 319, Gesch.-O)

63. Zu § 239 (S. 385)

Die Verfügung des Vorsitzenden, dass die erste Tagsatzung vor einem von ihm beauftragten Mitgliede des Senates stattzufinden hat, bedarf keiner besonderen Ausfertigung. Sie erfolgt dadurch, dass der Vorsitzende bei der Anberaumung der ersten Tagsatzung seiner Verfügung den Namen eines der Senatsmitglieder ohne jede weitere Bemerkung beisetzt. Die Gerichtskanzlei hat auf Grund dessen nach Ausfertigung der Ladung die Klage und alle sonst einlaufenden, für die erste Tagsatzung bestimmten Eingaben dem benannten Senatsmitgliede zu über-

Digitized by Google

geben. Den Parteien ist nicht bekannt zu machen, vor wem die erste Tagsatzung stattfinden wird.

Bei Erstreckung der ersten Tagsatzung findet die erstreckte Tagsatzung vor dem nämlichen beauftragten Richter statt.

Die erste Tagsatzung ist öffentlich. Sogleich nach Schluss der ersten Tagsatzung (§ 242 C. P. O.) sind die Acten, wenn das Verfahren fortgeführt wird, mit dem Protokolle dem Vorsitzenden, und zwar ohne schriftlichen Bericht vorzulegen (§ 120, Gesch.-O.).

64. Zu § 240 (S. 391).

Wegen Streitanhängigkeit oder Rechtskraft darf die Klage wenngleich die hiefür entscheidenden Thatsachen nach den Acten zweifellos feststehen, nicht ohne Anberaumung einer Tagsatzung zurückgestellt werden (§ 118, Gesch.-O.).

65. Zu den §§ 247, 282 (S. 402, 445).

Der Beschluss oder die Verfügung, wodurch gerichtliche Verhandlungen (Geschäfte, richterliche Amtshandlungen) einem beauftragten Richter übertragen werden, ist letzterem unter Uebersendung der für sein Einschreiten nöthigen Eingaben, Acten oder Actenstücke durch eine kurze in Urschrift darauf angebrachte Mittheilung bekannt zu machen (z. B. dem Rathssecretär N. zur Erledigung des Beweisbeschlusses Blatt 7). Hat der beauftragte Richter als Mitglied des Senates, der den Beschluss gefasst hat, von der Auftragertheilung schon Kenntnis, so sind ihm bloß die für die Auftragerfüllung erforderlichen Acten zu übergeben; eine Bestätigung darüber, dass er den Auftrag zur Kenntnis genommen hat, ist nicht nothwendig. Der Beschluss oder die Verfügung sind nur dann besonders auszufertigen, wenn der Auftrag einem richterlichen Beamten ertheilt wird, der dem Senate nicht angehört, und Eingaben und Acten nicht übersendet werden (§ 139, Gesch.-O.).

66. Zu § 255 (S. 412).

Ueber die Anzeigen, Anträge und Beschwerden, welche eine Partei bei dem Vorsitzenden des Senates gegen einen beauftragten Richter mündlich vorbringt, ist in dem Falle, als der Vorsitzende dem Begehren der Partei zu willfahren findet, ein Protokoll nicht aufzunehmen, sondern es ist die entsprechende Verfügung unmittelbar auf Grund des mündlichen Vorbringens zu treffen (§ 146, Gesch.-O.). Die Verfügungen, welche von dem Vorsitzenden des Senates infolge solcher Beschwerden oder Anzeigen getroffen werden, sind dem beauftragten Richter mündlich, wenn aber zugleich eine Benachrichtigung der Parteien stattfindet, durch Einsichtgewährung in die ergehende Erledi-

Digitized by Google

gung (Concept oder Ausfertigung) bekannt zu machen (§ 140 Gesch.-O.).

67. Zu den §§ 256, 282 (S. 412, 445).

Nach Ausführung des Auftrages sind die übersendeten Schriftstücke unter Anschluss der während des Verfahrens vor dem beauftragten Richter hinzugekommenen Eingaben, Protokolle und sonstigen Niederschriften, und zwar, sofern nicht im einzelnen Falle der beauftragte Richter zu weiteren Mittheilungen Anlass hat, mittels kurzen in Urschrift auf den Acten angebrachten Vorlagemermerkes zurückzusenden (§ 139, Gesch.-O.).

68. Zu § 257 (S. 413).

Der Einzelrichter, vor welchem eine mündliche Verhandlung stattfinden soll, und im Gerichtshofsverfahren der Vorsitzende des Senates hat sich für jede Verhandlung durch das Studium der Acten vorzubereiten und insbesondere sich von allen in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung für die Entscheidung erheblichen Punkten eingehend Kenntnis zu verschaffen, um imstande zu sein, die Erörterung der Parteien hierauf zu lenken, die Sache planmäßig spruchreif zu machen und die Verhandlung so zu leiten, dass die Parteien Gelegenheit erhalten, sich über alles Wichtige zu erklären, und zugleich die Verhandlung ohne Abirrung auf Unwesentliches gründlich und erschöpfend und doch auf dem kürzesten Wege durchgeführt wird (§ 180 C. P. O.). Sofern nach den Acten schwierige, streitige oder zweifelhafte Fragen des materiellen Rechtes für die Entscheidung unmittelbar von Belang sind oder auf die Bestimmung der Thatsachen zurückwirken, welche in die Verhandlung einzubeziehen sind, soll unter Benützung der zu Gebote stehenden literarischen Hilfsmittel, durch Sammlung beachtenswerter wissenschaftlicher Aeußerungen und einschlägiger früherer gerichtlicher Entscheidungen auch eine richtige Beurtheilung der Rechtsfragen vorbereitet werden.

Die zur Leitung der Verhandlung berufene Person hat sich vor der Tagsatzung über das Vorhandensein von Umständen, die für die Trennung, Verbindung oder Unterbrechung der Verhandlung maßgebend sein können (§§ 187 bis 191 C. P. O.), zu erkundigen und nöthigenfalls die betreffenden Acten zur Verhandlung herbeizuschaffen (§ 121, Gesch.-O.).

69. Zu § 261, Abs. 4 (S. 420).

Der Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens kann bei **Bezirksgerichten in der Gerichtskanzlei** zu Protokoll genommen **werden (§ 319, Gesch.-O.).**

Digitized by Google

70. Zu § 258 (S. 424).

Die Uebersendung von Schriftsätzen, welche die Parteien nach der Klage und Klagebeantwortung zur Vorbereitung der mündlichen Streitverhandlung überreichen, an den Gegner, falls die Schriftsätze nicht Anträge oder Beweisanerbietungen enthalten, über welche vom Richter (Vorsitzenden des Senates) sogleich eine Verfügung zu treffen ist (§ 258 C. P. O.), obliegt der Gerichtskanzlei ohne richterlichen Auftrag und ohne Einholung eines Gerichtsbeschlusses; das für das Gericht bestimmte Exemplar des Schriftsatzes ist von der Gerichtskanzlei zu den Acten der Sache zu nehmen; von dem Eingange des Schriftsatzes ist dem Richter (Vorsitzenden des Senates) mündlich Mittheilung zu machen. Die Uebersendung erfolgt durch kurze schriftliche Mittheilung und ist von dem Beamten der Gerichtskanzlei zu fertigen (§ 313 Gesch.-O.).

71. Zu § 262 (S. 421).

Wenn eine mündliche Verhandlung nach gesetzlicher Vorschrift durch den Vortrag eines Mitgliedes des Senates einzuleiten ist, oder wenn die Mithilfe eines über den Inhalt der Acten und über die voraussichtlich maßgebenden Rechtsfragen genau unterrichteten Berichterstatters für die Verhandlung oder für die Entscheidung im Senate und die weitere Erledigung offenbar förderlich ist, hat der Vorsitzende die gesammten Acten der zur Verhandlung bestimmten Rechtssache, und zwar nach Thunlichkeit mindestens vier Tage vor Beginn der mündlichen Verhandlung dem von ihm bestellten Berichterstatter zu übersenden. Die Bestellung gilt als vollzogen, und die Actenübersendung ist, ohne einen weiteren Auftrag abzuwarten, unverzüglich von der Gerichtskanzlei auszuführen, wenn der Vorsitzende bei der Anberaumung der mündlichen Verhandlung seiner Verfügung dem Namen eines der Senatsmitglieder mit der Bemerkung „Berichterstatter“ oder einer Abkürzung dafür beisetzt. Der Berichterstatter hat die Acten spätestens am Tage vor der mündlichen Verhandlung dem Vorsitzenden einzuhändigen. Der Berichterstatter soll sich eine Zusammenstellung aller für seinen Bericht wichtigen Daten anlegen; soweit nicht eine gegentheilige gesetzliche Anordnung besteht, ist er nicht verpflichtet, eine schriftliche Sachverhaltsdarstellung oder eine schriftliche Uebersicht über die streitigen Rechtsfragen und deren Lösung zu liefern.

In wichtigeren oder schwierigeren Fällen soll der Vorsitzende die Verfügung treffen, dass allen oder einzelnen der übrigen Senatsmitglieder vor der Verhandlung die Acten vorzulegen sind (§ 122, Gesch.-O.).

Digitized by Google

72. Zu § 276 (S. 439.)

Zur Einvernehmung von Zeugen und Sachverständigen, zur Ausführung der Geschäfte eines ersuchten Richters können die Gerichtstage verwendet werden (§ 57, Gesch.-O.).

Beweisaufnahmen durch einen beauftragten oder ersuchten Richter sind durch Uebersendung der Acten einzuleiten, auf welchen der Auftrag oder das Ersuchen in kurzer Fassung und unter Uebergehung aller nach dem Inhalte der Acten oder nach dem Gesetze von selbst sich ergebenden Mittheilungen in Urschrift anzubringen ist; z. B. „Wird dem Bezirksgerichte N. mit dem Ersuchen um Abhörung der Zeugen A. und B.“ oder „zur Erledigung des Beweisbeschlusses auf Blatt 25 übersendet“. In dem Auftrage oder Ersuchen kann auf die Dringlichkeit der Sache hingewiesen oder die Frist bestimmt werden, innerhalb welcher die Beweisaufnahme durchzuführen ist; desgleichen kann durch einen Zusatz zum Auftrage oder Ersuchen die Bestimmung der Anzahl der Sachverständigen und deren Auswahl dem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen werden. Wird von allen oder einzelnen Parteien auf die Betheiligung an der Beweisaufnahme verzichtet, so ist auch dies in dem Auftrage oder Ersuchen mitzutheilen (§ 141, Gesch.-O.).

Können die Acten nicht übersendet werden, weil gleichzeitig mehrere Beweisaufnahmen vor verschiedenen Gerichten stattfinden müssen oder andere zwingende Gründe die Zurückbehaltung der Acten erheischen, so ist der Auftrag zur Beweisaufnahme dem beauftragten Richter unter Uebersendung der für sein Einschreiten nöthigen Eingaben, Acten oder Actenstücke durch eine kurze in Urschrift darauf angebrachte Mittheilung (z. B. „dem Rathssecretär N. zur Erledigung des Beweisbeschlusses“) zu ertheilen und für das Ersuchen um Beweisaufnahme die Form eines besonderen Schreibens zu wählen. Hat der beauftragte Richter als Mitglied des Senates, der den Beschluss gefasst hat, von der Auftragsertheilung schon Kenntnis, so sind ihm bloß die zur Auftragserfüllung erforderlichen Acten zu übergeben (§§ 142, 139, Gesch.-O.).

73. Zu § 277 (S. 440).

Wenn der Beweisbeschluss im Verhandlungsprotokolle beurkundet ist und dieses mit den Acten an den beauftragten oder ersuchten Richter gelangt, ist die Ausfertigung des Beschlusses durch Bezeichnung der fraglichen Stelle des Verhandlungsprotokolles im Auftrage oder Ersuchen zu ersetzen; fehlt es an solcher Beurkundung durch das Protokoll, so ist die schriftliche Ausfertigung des Beweisbeschlusses in Urschrift den Acten bei-

Digitized by Google

zulegen. Sofern nicht durch die Darstellung des Sachverhaltes, der für die Beweisaufnahme in Betracht kommt (§ 277 C. P. O.), die Beurkundung des Verhandlungsinhaltes durch das Protokoll erleichtert oder ersetzt werden soll (§§ 210 und 444 C. P. O.), ist von einer solchen Darstellung abzusehen, wenn der beauftragte oder ersuchte Richter zum Zwecke der Beweisaufnahme die Acten selbst erhält.

Beweisbeschlüsse sind nur zu begründen, wenn sie in Folge widerstreitender Anträge ergehen (§ 141, Gesch.-O.).

Der mit der Beweisaufnahme betraute Richter oder das darum ersuchte Gericht sind im Beweisbeschlusse zu benennen. Der beauftragte Richter, der dem Senate angehört, hat nach Möglichkeit sogleich bei der mündlichen Verhandlung nach Verkündung des Beweisbeschlusses den Parteien Tag und Stunde der Beweisaufnahme und alle diejenigen für die Beweisaufnahme erforderlichen Vorkehrungen mündlich bekannt zu geben, zu deren Vollziehung die Mitwirkung der Parteien nöthig ist (§ 142, Gesch.-O.).

74. Zu § 279 (S. 443).

Der Antrag kann bei Bezirksgerichten in der Gerichtskanzlei zu Protokoll genommen werden (§ 319, Gesch.-O.).

75. Zu § 285 (S. 449).

Müssen während des Verfahrens vor dem beauftragten Richter Beschlüsse des Gerichtes eingeholt werden, so ist hievon dem Vorsitzenden des Senates mündlich Anzeige zu machen. Falls sich die Beschlussfassung auf Anträge bezieht, die in einer Eingabe oder in einem Protokolle enthalten sind, und der beauftragte Richter an der Berathung und Abstimmung nicht theilnimmt, ist mit der mündlichen Anzeige zugleich die Eingabe oder das fragliche Protokoll dem Vorsitzenden vorzulegen. Beschlüsse, die nicht für die Parteien ausgefertigt werden müssen, werden dem beauftragten Richter durch Vorlage des Berathungsprotokolles (Abstimmungsvermerkes) zur Einsicht bekannt gegeben (Vid. beauftragter Richter); die Mittheilung des Berathungsprotokolles oder Abstimmungsvermerkes unterbleibt, wenn der beauftragte Richter an der Abstimmung im Senate selbst theilgenommen hat.

Die Bestimmungen des ersten Absatzes gelten auch für die Anzeigen oder Beschwerden, welche die Parteien gegen einen beauftragten Richter anbringen und für die darüber stattfindenden Beschlussfassungen (§ 140, Gesch.-O.).

Beschlussfassungen des ersuchenden Gerichtes, welche während der Beweisaufnahme nothwendig werden, sind durch

Digitized by Google

Uebersendung oder Vorlage der den Zwischenfall betreffenden Acten einzuholen. Der Antrag auf Entscheidung und Bekanntgabe der Entscheidung ist vom ersuchten Richter in Urschrift auf die übersendeten Acten zu setzen. Die Uebersendung der Acten hat zu unterbleiben, wenn die Beweisaufnahme ungeachtet der Einholung der gerichtlichen Entscheidung fortgesetzt werden kann und die Acten dabei nicht zu entbehren sind; die Entscheidung ist in diesem Falle mittels Schreibens zu begehren.

Eine Ausfertigung der Entscheidung für den ersuchten Richter ist nicht nothwendig, für den ersuchten Richter ist der Beschluss auf die zurückzusendenden Acten zu schreiben (§ 142, Gesch.-O.).

76. Zu § 286 (S. 450).

Die Benachrichtigung der Parteien, dass die Acten über eine Beweisaufnahme durch den beauftragten oder ersuchten Richter bei Gericht eingelangt sind und in der Gerichtskanzlei eingesehen werden können, obliegt der Gerichtskanzlei (wohl nur über Auftrag nach erfolgter Prüfung) durch kurze schriftliche Mittheilungen. Die Benachrichtigung kann in dringenden Fällen mündlich erfolgen. Muss infolge des Einlangens der Beweisaufnahmeacten zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung eine Tagsatzung angeordnet werden, so ist diese Benachrichtigung mit der Ladung der Parteien zur Tagsatzung zu verbinden.

Die Gewährung der Einsicht in die Acten obliegt gleichfalls der Gerichtskanzlei (§ 313, Gesch.-O.).

Ueber mündlich beim Vorsitzenden des Senates angebrachte Anträge auf Behebung von Mängeln der Beweisaufnahme oder auf Ergänzung der Beweisaufnahme ist in dem Falle, als der Vorsitzende dem Begehren der Partei zu willfahren findet, ein Protokoll nicht aufzunehmen, sondern es ist die entsprechende Verfügung unmittelbar auf Grund des mündlichen Vorbringens zu treffen (§ 146, Gesch.-O.).

77. Zu § 292 (S. 457.)

Mit dem Gerichtssiegel sind zu versehen: Die Ausfertigungen (Reinschriften) von Urtheilen, Zahlungsbefehlen, Vergleichen und Executionsbewilligungen, die Ausfertigungen von Edicten und von Genehmigungsclauseln in Vormundschafts-, Curatels- und Fideicommissangelegenheiten, Amtszeugnisse und Beglaubigungen einschließlich der Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften aus den Gerichtsacten (§ 56 G. O. G.), ferner Proteste, Grundbuchs- und Depositenauszüge und alle Schreiben

Digitized by Google

im Verkehre mit ausländischen Behörden oder behördlichen Organen.

Für gerichtliche Erfolglassungsaufträge sind besondere Gerichtssiegel zu verwenden, die in Gestalt und Farbe von allen übrigen bei dem Gerichte in Verwendung stehenden Siegeln verschieden sein müssen (§ 216 Gesch.-O.).

78. Zu § 297, Anm. 1 (S. 467).

Urkunden und andere Schriftstücke, die in bürgerlichen Rechtssachen bei einer mündlichen Verhandlung vorgelegt und in der Entscheidung berücksichtigt worden sind und von welchen sich keine beglaubigte Abschrift bei den Acten befindet, sind den Betheiligten, solange die Entscheidung nicht rechtskräftig geworden ist, unbeschadet der Vorschriften des § 316 der Civilprocessordnung nur auf besonderes Begehren auszuhändigen. Das Begehren kann mündlich gestellt werden; dessen Beurkundung kann mit der Empfangsbestätigung verbunden in den Acten selbst erfolgen (z. B. Auf sein Begehren Beilage A in Urschrift ausgefolgt erhalten. — Unterschrift der Partei).

Müssen die Acten infolge der Einlegung eines Rechtsmittels an ein übergeordnetes Gericht gesendet werden, so sind ihnen die in der Entscheidung berücksichtigten Urkunden und sonstigen Schriftstücke (Zeichnungen, Risse u. s. w.) beizufügen, welche noch bei Gericht verwahrt sind. Die inzwischen ausgehändigten derlei Urkunden und Schriftstücke, von denen sich keine beglaubigte Abschrift bei den Acten befindet, sind von den Betheiligten in kurzem Wege einzufordern.

Die Uebersendung der Acten an die Rechtsmittelinstanz darf nicht durch das Abwarten des Einganges der abgeforderten Urkunden und Abschriften verzögert werden; diese sind vielmehr, sobald sie von den Betheiligten überbracht werden, nachträglich der Rechtsmittelinstanz zu übersenden. Bleibt die Einforderung ohne Erfolg, so ist hievon nach Ablauf von acht Tagen seit Absendung der Acten der Rechtsmittelinstanz kurz schriftliche Anzeige zu machen.

Die Bestimmungen des zweiten Absatzes finden auf Augenscheins- oder Auskunftssachen entsprechend Anwendung (§ 287, Gesch.-O.).

79. Zu § 301 (S. 472).

Vergleiche den Nachtrag zu § 183.

80. Zu § 316 (S. 486).

Wenn anderen Gerichten, Behörden oder gerichtlichen oder behördlichen Organen gerichtliche Acten vorgelegt oder mit-

Digitized by Google

getheilt werden müssen, in welchen sich die Urschriften von wichtigen Urkunden und namentlich die Urschriften solcher Urkunden befinden, die für bestimmte Rechtsverhältnisse auf längere Zeit hinaus als Grundlage zu dienen haben, so hat der Richter (Vorsitzende des Senates) zu entscheiden, ob bei Hinausgabe der Acten von diesen Urkunden beglaubigte Abschriften zurückbehalten werden sollen. Nach Rückkunft der Acten sind die Abschriften ihnen beizulegen.

Die Sorge für das Zurückbehalten von Abschriften kann auch in der Art den Parteien überlassen werden, dass sie aufgefordert werden, innerhalb einer bestimmten Frist beglaubigte Abschriften der Urkunden zu übergeben, widrigens die Acten ohne Zurückbehalten von Abschriften vorgelegt werden würden (§ 210, Gesch.-O.).

81. Zu § 331 (S. 501).

Die Benachrichtigung hat durch die Gerichtskanzlei durch kurze schriftliche Mittheilungen zu erfolgen, welche dem Richter zur Unterschrift vorzulegen sind (§ 313, Gesch.-O.).

82. Zu den §§ 332, 365, 368 (S. 502, 534, 537).

Geldbeträge zur Deckung der auflaufenden Zeugen- und Sachverständigengebüren oder der Kosten eines Augenscheines sind dem Beamten, welchem die Führung des Geldbuches übertragen ist, gegen Empfangsbestätigung zu übergeben.

Ueber den Erlag des Vorschusses hat sich die Partei in der Gerichtskanzlei (Kanzleiabtheilung) durch Vorlage der Empfangsbestätigung auszuweisen. Sie ist hierauf von dem Beamten, der den Vorschuss in Empfang nimmt, aufmerksam zu machen. Ladungen an Zeugen, Sachverständige u. s. w., die zufolge richterlichen Beschlusses nur im Falle rechtzeitigen Erlages des Vorschusses stattfinden dürfen, sind, sobald letzteres nachgewiesen wird, ohne Einholung eines neuen richterlichen Beschlusses von der Gerichtskanzlei auszufertigen und dem Richter (Vorsitzenden des Senates, richterlichen Beamten u. s. w.) zur Unterschrift vorzulegen (§ 144, Gesch.-O.).

83. Zu § 333 (S. 504).

Die Bestrafung und Vorführung von Personen der bewaffneten Macht, die einer gerichtlichen Ladung zur Ablegung einer Zeugenaussage nicht Folge leisten, ist von derem vorgesetzten Commando (Behörde, Anstalt), wenn aber dieses nicht bekannt ist:

1. von dem Militär-Stations-Commando des Aufenthaltsortes der betreffenden Person oder, falls an diesem Orte ein

Digitized by Google

solches Commando sich nicht befindet, von dem nächstgelegenen Militär-Stations-Commando;

2. bei Personen der Landwehr oder der Gendarmerie aber von dem an dem Aufenthaltsorte befindlichen oder diesem nächstgelegenen Landwehr- oder auch Militär-Stations-Commando oder dem Gendarmerie-Abtheilungs-Commando zu begehren (§ 143, Gesch.-O.).

84. Zu § 334 (S. 504).

Das Ansuchen kann bei Bezirksgerichten in der Gerichtskanzlei zu Protokoll genommen werden (§ 319, Gesch.-O.).

85. Zu § 347 (S. 517).

Der Gerichtskanzlei obliegt die Entgegennahme des Begehrens um Gewährung von Zeugengebüren (§ 346 C. P. O.) falls dieses Begehren außerhalb der Tagsatzung gestellt wird, und ohne Unterscheidung, wann das Begehren vorgebracht wurde, die Bestimmung der dem Zeugen gebürenden Vergütung und die Erlassung der wegen ihrer Auszahlung erforderlichen Verfügungen; über das in der Gerichtskanzlei gestellte Begehren um Zeugengebüren ist ein Protokoll nicht aufzunehmen; der Auftrag, die bei der Tagsatzung vom Zeugen angesprochene Vergütung zu bestimmen, ist der Gerichtskanzlei mündlich oder durch einen kurzen Vermerk auf dem Verhandlungsprotokolle („Zeugengebüren bestimmen“) zu ertheilen; die Bestimmung der Gebür geschieht durch Ausfertigung eines Gebürenzettels (§ 105); die zugesprochene Gebür ist dem anwesenden Zeugen mündlich bekannt zu machen, sonst ist ihm eine Abschrift des Gebürenzettels mit einer kurzen Benachrichtigung, wo und wann er die Gebür zu erheben hat, zuzustellen (§ 313, Gesch.-O.).

Ueber die Einhebung der Gebüren vergleiche den Nachtrag zu § 40.

86. Zu § 365 (S. 534).

Vergleiche den Nachtrag zu § 332.

Mit der Bestimmung der Gebüren von Sachverständigen ist entweder der Vorsteher oder ein leitender Beamter der Gerichtskanzlei oder ein richterlicher Beamter des Gerichtes (Mitglied des Senates) zu betrauen. Bei diesen Personen sind auch alle nicht während der Tagsatzung selbst gestellten Anträge auf Gewährung von Sachverständigengebüren anzubringen. Das Begehren kann mündlich angebracht werden; ein Protokoll ist darüber nicht aufzunehmen.

Die Bestimmung der Gebüren erfolgt durch Ausfertigung eines Gebürenzettels (§ 105). Die zugesprochene Gebür ist dem

Digitized by Google

Sachverständigen, falls er anwesend ist, mündlich, sonst durch Zustellung einer Abschrift des Gebürenzettels bekannt zu geben. Der Abschrift ist eine Nachricht darüber beizufügen, wo die Gebür ausbezahlt wird (§ 145, Gesch.-O.).

87. Zu § 368 (S. 537).

Vergleiche den Nachtrag zu § 332.

88. Zu § 369 (S. 538).

Vergleiche den Nachtrag zu § 183.

89. Zu § 413 (S. 600).

Innerhalb jedes Senates vertheilt der Vorsitzende die Geschäfte unter die Mitglieder. Er kann einzelne Mitglieder für bestimmte Rechtssachen zu Berichterstattern bestellen und ihnen die Entwerfung der schriftlichen Ausfertigung von Urtheilen und Beschlüssen auftragen (§ 35, G. O. G.). Ueber Entscheidungen, die bei einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu fällen sind und voraussichtlich keine ausführliche Erörterung hervorrufen werden, kann im Verhandlungssaale selbst mit leiser Stimme berathen und abgestimmt werden (§ 181, Gesch.-O.).

Bei allen Senatsberathungen und Abstimmungen, die sich nicht unmittelbar an eine mündliche Verhandlung anschließen, muss ein schriftlich abgefasster Entwurf des beantragten Urtheiles, Beschlusses, Berichtes u. s. w. (Antrag) vorliegen. In schwierigeren Angelegenheiten, namentlich bei umfangreichem oder verwickeltem Sachverhalte, ist Anträgen, die sich nicht auf die Ergebnisse einer mündlichen Verhandlung gründen, ein kurzes schriftliches Gutachten unter Hervorhebung der für die Entscheidung belangreichen Umstände (Referat) vorauszuschicken. Wird für den Antrag ein besonderes Blatt verwendet, so ist dieses nur mit der Geschäftszahl zu bezeichnen; die Benennung der Parteien oder die wörtliche oder auszugsweise Wiedergabe des Parteibegehrens ist unzulässig.

Wo nicht die vorbereitete Ausfertigung selbst vorgelegt wird, ist im Antrage, soweit er einem von der Partei gestellten Begehren entspricht, ohne jede Wiederholung bloß auf letzteres, und zwar gegebenenfalls durch Beziehung auf bestimmte Stellen des Parteibegehrens, zu verweisen. Weder im Referate, noch im Entwurfe der beantragten Erledigung darf das Parteibegehren abgeschrieben werden; der Gerichtskanzlei sind in deutlicher Weise die in die Erledigung aufzunehmenden Stellen des Parteibegehrens zu bezeichnen (Scrib. incl.).

Die Abfassung des Antrages und Referates liegt in Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit außer Streitsachen den ein-

Digitized by Google

zelnen Referenten ob, sonst dem für die Rechtssache vom Vorsitzenden bestellten Berichterstatter und mangels eines solchen dem Vorsitzenden selbst.

Bei Berathungen, die sogleich nach Schluss einer mündlichen Verhandlung erfolgen, kann sowohl die Antragstellung wie die zur Begründung des Antrages dienende Darlegung des Sachverhaltes mündlich geschehen.

Nach der Abstimmung hat der Vorsitzende, wenn er nicht selbst die schriftliche Abfassung übernehmen will, einem der Senatsmitglieder die Entwerfung der Ausfertigung des beschlossenen Urtheiles oder des Beschlusses aufzutragen (§ 182, Gesch.-O.).

90. Zu den §§ 418, 430 (S. 606, 620).

1. Alle gerichtlichen Ausfertigungen (Urtheile, Beschlüsse, Decrete, Amtszeugnisse, Schreiben, Berichte u. s. w.) sind so kurz, als es der vorgeschriebene Inhalt gestattet, zu fassen; die Schreibweise soll bestimmt, klar und für jedermann leicht verständlich sein. Bei Ausfertigung strafgerichtlicher Erkenntnisse und Beschlüsse ist außerdem auf die Vorschrift des § 165 der Justizministerialverordnung vom 16. Juni 1854, R.-G.-Bl. Nr. 165, Bedacht zu nehmen.

Den Parteien ist in den Ausfertigungen die ihnen nach Geburt oder Stellung oder nach besonderen Anordnungen gebürende Benennung zu ertheilen.

In allen Ausfertigungen ist die Geschäftszahl anzugeben und entweder im Texte der Ausfertigung oder am Fuße, in Verbindung mit dem Datum, das Gericht zu benennen. In Bezug auf die Unterschrift der Ausfertigungen sind die Vorschriften des § 79, Abs. 1 und 2 des Gerichtsorganisationsgesetzes zu beobachten, die auch für die Ausfertigung der Entscheidungen über Rechtsmittel und für die von den Parteien in der Gerichtskanzlei begehrten Ausfertigungen gerichtlicher Erledigungen (§ 56, Abs. 3 G. O. G.) zu gelten haben. Alle Unterschriften sollen deutlich und leserlich sein; der Gebrauch von Stampiglien zur Beisetzung der Unterschrift ist unstatthaft.

Mittheilungen, Ersuchen und Berichte, die nach der Geschäftsordnung in Urschrift abzusenden sind, müssen nicht vom Richter selbst geschrieben sein (§ 191, Gesch.-O.).

Es werden daher nach § 56 G. O. G. nur die von der Gerichtskanzlei ertheilten Abschriften und Auszüge, nicht aber Ausfertigungen gerichtlicher Erledigungen von dem Kanzleibeamten zu unterschreiben sein.

2. Mit dem Gerichtssiegel sind zu versehen: die Ausfertigungen (Reinschriften) von Urtheilen, Zahlungsaufträgen,

Digitized by Google

Vergleichen und Executionsbewilligungen, die Ausfertigungen von Edicten und von Genehmigungsclauseln in Vormundschafts-, Curatels- und Fideicommissangelegenheiten, Amtszeugnisse und Beglaubigungen einschließlich der Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften aus den Gerichtsacten (§ 56, Abs. 3 G. O. G.), ferner Proteste, Grundbuchs- und Depositenauszüge und alle Schreiben im Verkehre mit ausländischen Behörden oder behördlichen Organen (§ 216, Gesch.-O.).

3. Im Verkehre der Gerichtsbehörden untereinander, sowie im Dienstverkehre der Gerichte mit dem Justizministerium haben die Bezeichnungen „löblich“, „hochlöblich“, „hoch“ bei den Titulaturen zu entfallen. Ebenso haben im Texte der Geschäftsstücke jene Beisätze wegzubleiben, welche nur ein nach der gegenseitigen Stellung der betreffenden Behörden ohnehin selbstverständliches Verhältnis zum Ausdruck bringen, wie z. B. „diensthöflich“ und ähnliche.

Das gleiche gilt für den schriftlichen Dienstverkehr mit den Militärbehörden (Verordnung des Reichskriegsministeriums vom 22. November 1868, Präs.-Nr. 4077 und J. M. E. vom 4. Jänner 1869, Z. 100).

Im schriftlichen Dienstverkehre mit den Civilbehörden anderer Verwaltungszweige sind, je nach dem im einzelnen Falle bestehenden Rangverhältnisse, die Benennungen „löblich“, „hochlöblich“ oder „hoch“ zu gebrauchen (§ 192, Gesch.-O.).

4. Bei Beschlussausfertigungen, die in Verbindung mit einem Schriftsatze oder einer Rubrik zugestellt werden, hat die Bezeichnung der Parteien und ihrer Vertreter oder Bevollmächtigten (§ 429 C. P. O.) nach Thunlichkeit durch Bezugnahme auf die betreffenden Angaben des Schriftsatzes oder der Rubrik (§§ 75 und 80, Abs. 2 C. P. O.) zu geschehen, z. B. „in der Rechtssache zwischen den außen (nebenstehend) bezeichneten Parteien, deren Vertreter ebenda angegeben sind“ u. ä. Wenn der Beschluss auf den Schriftsatz selbst oder auf eine Protokollsabschrift geschrieben wird, worin die Parteien und deren Vertreter benannt sind, so dass kein Zweifel entstehen kann, in welcher Rechtssache dieser Beschluss ergeht, brauchen diese Angaben in der Ausfertigung nicht wiederholt zu werden.

Das Gericht und die an der Beschlussfassung betheiligten Richter sind in der Ausfertigung bloß durch die Angabe der Abtheilungsnummer zu bezeichnen. Diese ist am Fuße des Beschlusses zum Datum hinzuzusetzen; z. B. „K. k. Landesgericht N., Abtheilung III, am 24. December 1898“.

Digitized by Google

5. Die Begründung des Beschlusses (§ 428 C. P. O.) soll in der Ausfertigung dem Beschlusse vorausgeschickt oder als besonderer Abschnitt angehängt werden. Von der äußerlichen Sonderung von Beschluss und Begründung darf nur abgesehen werden, wenn die Begründung in der Verweisung auf eine Gesetzstelle besteht oder sich sonst in einer kurzen Mittheilung erschöpft (§ 193, Gesch.-O.).

6. Bei processleitenden Beschlüssen hat der Richter (Vorsitzende des Senates) nach Möglichkeit von der Abfassung eines Ausfertigungsentwurfes abzusehen und sich darauf zu beschränken, der Gerichtskanzlei in einem kurzen Vermerke den Tenor seines Beschlusses bekannt zu geben und die für die Herstellung der Ausfertigung daneben noch erforderlichen Weisungen zu ertheilen (z. B. Bezeichnung des zu verwendenden Formulares, Benennung der zu benachrichtigenden Personen, der zu ladenden Zeugen, Angabe des Kostenbetrages oder des Vorschusses für Zeugengebüren, zu dessen Erlag die Partei aufzufordern ist u. s. w.).

Bei Anberaumung von Tagsatzungen, zu welchen die Parteien ohne weitere Aufträge oder nur mit den regelmäßigen, aus dem Gesetze selbst sich ergebenden Aufträgen geladen werden, und insbesondere bei Anberaumung von Tagsatzungen auf Grund von Klagen, ist vom Richter bloß Tag und Stunde der Tagsatzung aufzuschreiben (z. B. 13. April, 10 Uhr). Wo über das Formulare, das bei der Ladung zur Verwendung kommt, ein Zweifel möglich ist, kann die Nummer des Formulares beigefügt werden.

Die Anfertigung eines besonderen Referatsbogens über Klagen oder andere Eingaben, auf Grund deren die Anberaumung einer Tagsatzung bewilligt wird, ist unzulässig; auch der Gerichtskanzlei darf nicht zum Zwecke der Verfügung über solche Eingaben die Anfertigung eines Referatsbogens aufgetragen werden.

Bei den im § 56, letzter Absatz des G. O. G. angeführten Beschlüssen (Zahlungsbefehle, Kündigungsaufträge), hat der Bewilligungsvermerk (Bewilligt) an Stelle jedes anderen Ausfertigungsauftrages zu treten. Nach Bedarf sind Weisungen über den einzusetzenden Kostenbetrag oder andere wesentliche Punkte oder die Einschränkung der Bewilligung auf einen Theil des Begehren hinzuzufügen (z. B. Bewilligt; Form. 143, Kosten 15 fl. 87 kr., oder: Bewilligt mit Ausschluss der begehrten Provision u. ä.).

Die Ausfertigungsaufträge sind vom Richter auf die Acten, auf die Eingabe oder auf das bei Gericht zurückzubehaltende Exemplar der Eingabe zu schreiben.

Digitized by Google

Wie die bisher erwähnten, haben auch alle anderen schriftlichen Aufträge an die Gerichtskanzlei oder deren einzelne Organe in der Form knapper, vom Richter auf die Acten selbst geschriebener Weisungen zu ergeben, die nicht besonders ausgefertigt werden. Bei schriftlichen Aufträgen und Mittheilungen an Organe desselben Gerichtes, sowie überhaupt im inneren Gerichtsverkehre wird die Unterschrift des richterlichen Beamten durch sein eigenhändig beigefügtes Namenszeichen ersetzt (§ 194, Gesch.-O.).

7. Wenn die Parteien zur Beschleunigung der Erledigung, insbesondere im Wechsel- und Mahnverfahren oder bei gerichtlicher Aufkündigung eines Bestandvertrages und bei Anträgen auf Anordnung der Uebergabe oder Uebernahme von Bestandgegenständen, zugleich mit der Klage oder mit dem Gesuche vorbereitete Ausfertigungen des beantragten Zahlungsauftrages, Zahlungsbefehles, Auftrages zur Uebergabe oder Uebernahme des Bestandgegenstandes oder sonstigen gerichtlichen Beschlusses dem Gerichte überreichen, so sind diese, falls sie sich nach Vornahme der nothwendigen Ergänzungen (Einfügung der Kosten, des Datums, Beisetzung der Unterschrift u. s. w.) hiezu eignen, als gerichtliche Ausfertigungen zu benützen. Diese Ausfertigungen können auch auf den für die Parteien bestimmten Schriftsatzexemplaren geschrieben oder angebracht sein. Für die Herstellung der Ausfertigungen dürfen die Parteien Kosten nicht berechnen.

Sonst sind Klagen im Wechselverfahren, Mahngesuche und gerichtliche Aufkündigungen von Bestandverträgen entweder mit dem Entwurfe der Ausfertigung von der Gerichtskanzlei (Kanzleiabtheilung) dem Richter vorzulegen, oder es hat die Gerichtskanzlei, ohne Abfassung eines Entwurfes, unmittelbar die für die Parteien bestimmten Ausfertigungen herzustellen, nachdem der Richter der Klage oder dem Gesuche zu willfahren beschlossen hat.

Letzterer Vorgang wird namentlich dann zu beobachten sein, wenn es fraglich ist, ob dem Antrage auf Erlassung des Zahlungsbefehles oder Räumungsauftrages stattgegeben werden kann; ein Ausfertigungsentwurf ist in diesem Falle nicht zurückzubehalten (§ 56, letzter Abs. G. O. G.), (§ 195, Gesch.-O.).

8. Soweit der Entwurf einer Ausfertigung vom Richter (Senatsvorsitzenden, Berichterstatter, beauftragten Richter u. s. w.) abzufassen ist, kann dieser die Vorbereitung des Entwurfes auch richterlichen Hilfsbeamten oder den im Vorbereitungsdienste stehenden Personen übertragen.

Ausfertigungsentwürfe (Concepte), die nicht von dem zur Entscheidung oder Beschlussfassung berufenen Richter oder von

Digitized by Google

dem Senatsvorsitzenden verfasst sind, dürfen ohne deren Genehmigung von der Gerichtskanzlei (Kanzleiabtheilung) nicht ausgefertigt werden. Die Genehmigung geschieht durch Beisetzung der Unterschrift. Der Entwurf des Urtheiles muss außerdem vom Schriftführer unterschrieben sein.

Vor Ertheilung der Genehmigung sind an dem Concepte alle in sprachlicher und sachlicher Beziehung nothwendigen Verbesserungen vorzunehmen oder deren Vornahme anzuordnen. Bei Abänderungen am Concepte eines Senatsbeschlusses ist eine nochmalige Befragung des Senates nur nothwendig, wenn zwischen dem Vorsitzenden und dem mit der Abfassung des Entwurfes betrauten Senatsmitgliede über den Inhalt der Erledigung in sachlicher Beziehung Meinungsverschiedenheiten bestehen.

Ausfertigungen, die auf Grund eines Schriftsatzes oder eines in einem Protokolle enthaltenen Antrages ergehen, sind nach Möglichkeit auf dem Schriftstücke selbst zu entwerfen, um ein allzustarkes, ihrer Handlichkeit abträgliches Anschwellen der Acten zu verhindern (§ 196, Gesch.-O.).

9. Die Entwürfe zu Urtheilen erster Instanz und zu Endbeschlüssen, welche nicht in die Acten selbst geschrieben werden, sind in Urschrift zu den Acten zu nehmen; die Anfertigung einer Reinschrift für die Acten kann vom Richter (Vorsitzenden des Senates) nur angeordnet werden, wenn der Entwurf schwer leserlich ist oder wenn er Zusätze, Durchstreichungen oder Abänderungen in erheblichem Umfange oder in wesentlichen Punkten enthält, die nicht bloß durch die Verwendung eines Formulares veranlasst sind. Die Reinschrift tritt in diesem Falle an die Stelle des Conceptes; sie ist wie letzteres vom Einzelrichter, bei Urtheilen eines Senates aber vom Urtheilsverfasser und vom Vorsitzenden des Senates und außerdem, wo es das Gesetz erfordert, vom Schriftführer zu unterschreiben.

Das Concept von Urtheilen und Beschlüssen, welche von den mit der Abhaltung der ersten Tagsatzung betrauten Richter erlassen wurden, ist lediglich von diesem Richter zu unterschreiben. Der Urschrift von Urtheilen hat außerdem der bei der Tagsatzung anwesende Schriftführer seine Unterschrift beizusetzen (§ 197, Gesch.-O.).

10. Bei der Tagsatzung oder Verhandlung verkündete Urtheile, die der schriftlichen Ausfertigung bedürfen, müssen längstens innerhalb acht Tagen nach der Verkündung in schriftlicher Abfassung der Gerichtskanzlei (Kanzleiabtheilung) übergeben werden; wurde die Urtheilsfällung bei der Tag-

Digitized by Google

satzung oder Verhandlung vorbehalten, so muss die Abgabe der schriftlichen Ausfertigung binnen acht Tagen nach der Tagsatzung oder Verhandlung stattfinden (§ 126 Gesch.-O.).

11. Die Beschlüsse, welche bei der Tagsatzung oder auf Grund der Tagsatzung (Verhandlung) gefasst werden und einer Ausfertigung bedürfen, sind der Gerichtskanzlei entweder vom Richter (Vorsitzenden des Senates, richterlichen Beamten) in schriftlicher Abfassung zur Herstellung der Reinschrift zu übergeben (z. B. Endbeschlüsse, Beweisbeschlüsse, Beschlüsse, welche eingehend begründet werden müssen, vorläufige Feststellung des Lastenstandes, Meistbotsvertheilungen u. s. w.), oder es ist der Gerichtskanzlei die Entwerfung der Beschlussausfertigung oder die unmittelbare Herstellung der Beschlussausfertigung (wenn z. B. einem in das Protokoll aufgenommenen Antrage ohne Einschränkung willfahrt wird) oder die Vornahme der zur Durchführung des Beschlusses erforderlichen Acte aufzutragen. In diesen letzteren Fällen ist es namentlich bei einfacheren Verhältnissen oder öfter sich wiederholenden Verfügungen ausreichend, wenn der Richter diejenigen Stellen des Protokolles mit farbigem Stifte hervorhebt, welche den ins Werk zu setzenden Beschluss enthalten, wie z. B. bei Beschlüssen auf Ladung der Parteien oder eines Zeugen zur nächsten Tagsatzung, bei Feststellung des Anspruches auf Zeugengebüren, bei Beschlüssen, zur nächsten Tagsatzung Urkunden herbeizuschaffen, welche sich bei einer öffentlichen Behörde oder in Verwahrung eines Notars befinden u. s. w.

Auf Grund dieser Weisung hat die Gerichtskanzlei die nöthigen Ausfertigungen herzustellen und dem Richter zur Unterschrift vorzulegen.

Soferne nicht das Gesetz für die Beschlussfassung kürzere Fristen anordnet, müssen die bei der Tagsatzung (Verhandlung) gefassten, einer Ausfertigung bedürftigen Beschlüsse binnen zwei Tagen nach der Tagsatzung der Gerichtskanzlei in schriftlicher Abfassung übergeben oder von der Gerichtskanzlei entworfen und ausgefertigt sein; bei der Tagsatzung vorbehaltene Beschlussfassungen, mit Ausnahme besonders schwieriger Beschlüsse, welche auf einem umfangreichen thatsächlichen Materiale beruhen oder über eine größere Anzahl widerstreitender Rechtsansprüche zu entscheiden haben, müssen innerhalb fünf Tagen nach der Tagsatzung erfolgen. Der Gerichtsvorsteher kann aus wichtigen Gründen eine Verlängerung dieser Fristen gestatten.

Die vorstehenden Bestimmungen sind sinngemäß auf Beschlussfassungen anzuwenden, die nicht bei einer Tagsatzung

Digitized by Google

oder auf Grund einer Tagsatzung (Verhandlung) ergehen. Die Fristen sind in diesem Falle von der Anbringung des Antrages zu rechnen (§ 127, Gesch.-O.).

12. Mittheilungen oder Benachrichtigungen an andere Gerichte, an deren Präsidien oder an sonstige Behörden, sowie an diese gerichtete Anfragen und Ersuchen um Rechtshilfe (Schreiben) sind in der Regel sogleich in Urschrift auszufertigen und abzusenden.

Dies gilt insbesondere von Mittheilungen, die in Erledigung eines an das Gericht, an das Präsidium oder an die Gerichtskanzlei gelangten Ersuchens an andere Behörden oder behördliche Organe ergehen (§ 58 G. O. G.). Wenn es nicht aus besonderen Gründen wünschenswert ist, das Ersuchen bei den Acten zurückzubehalten, ist die Mittheilung in Urschrift auf das eingelangte Schreiben zu setzen und dieses der ersuchenden Behörde zurückzusenden. Inhalt und Datum der Erledigung sind letzterenfalls durch eine entsprechende Eintragung im Präsidialjournal, im Register für Rechtshilfesachen oder durch einen kurzen Vermerk in den Acten festzustellen; z. B. „Landesausschuss in P. vom Stande des Processes benachrichtigt 15./10. 98“, oder „Ueber N. Auskunft dem Gemeindeamte in H. ertheilt 1./1. 98 u. ä.“

In jedem Schreiben, welches ein an das Gericht gelangtes Ersuchen erledigt, ist die Geschäftszahl dieses Ersuchens und die Zahl und Gattung der Beilagen des Schreibens in der unteren linken Ecke der ersten Seite des Schreibens anzugeben; im Texte des Schreibens sind diese Angaben nicht zu wiederholen.

An Gendarmerieposten sowie an das Bezirksgendarmerie-Commando haben nicht Schreiben, sondern einfache Dienstaufforderungen zu ergehen, (§ 199 Gesch.-O.).

13. Durch richterliche Beamte oder in der Gerichtskanzlei aufgenommene Protokolle über Anträge oder Erklärungen, deren sachliche Erledigung einem anderen Gerichte vorbehalten ist, sind diesem in der Regel ohne richterliche Beschlussfassung, lediglich mit einem kurzen, die Uebersendung betreffenden Vermerke in Urschrift zu überschicken. Der Vermerk ist gleichfalls in Urschrift auf dem Protokolle anzubringen. Eine Abschrift des Protokolles ist nur zurückzubehalten, wenn dieses für eine beim ersuchten Gerichte anhängige Rechtssache von Bedeutung ist oder werden kann (§ 200, Gesch.-O.).

14. Wenn für die Gewährung der Rechtshilfe die Kenntnis der Acten wesentlich ist, soll das Ersuchen um Rechtshilfe

Digitized by Google

auf die Acten selbst geschrieben und mit diesen in Urschrift an die ersuchte Behörde geschickt werden. Hievon ist nur dann abzusehen, wenn im Interesse der gleichzeitigen Vornahme von Amtshandlungen vor verschiedenen Gerichten oder aus anderen Gründen die Form besonderer Schreiben und die Zurückhaltung der Acten zweckmäßiger erscheint.

Unbeschadet der Vorschriften des § 200, Abs. 1, sind in das Ausland Acten auch dann nicht zu verschicken, wenn mit der ausländischen Behörde ein unmittelbarer Verkehr stattfindet. In welchem Umfange ein solcher Verkehr gestattet ist, und welche Formen im Verkehre mit ausländischen Behörden zu beobachten sind, wird durch die darüber erlassenen besonderen Vorschriften bestimmt (§ 201, Gesch.-O.).

Digitized by Google

Gesetz vom 1. August 1895

Nr. 112 R.-G.-Bl.

betreffend die Einführung des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprocessordnung).

Artikel I.

Das Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprocessordnung) tritt an dem durch Verordnung des Justizministers festzusetzenden Tage, spätestens aber mit dem ersten Tage des auf die Kundmachung folgenden dritten Kalenderjahres als Vorschrift für das Verfahren in den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in Wirksamkeit, die den ordentlichen Gerichten in den im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern zur Entscheidung zugewiesen sind.

Mit demselben Tage verlieren, soweit dieses Gesetz oder die Civilprocessordnung nicht eine Ausnahme enthält, alle in anderen gesetzlichen Vorschriften enthaltenen Bestimmungen über Gegenstände, welche in der Civilprocessordnung geregelt sind, ihre Wirksamkeit.

1. Welche Rechtssachen den ordentlichen Gerichten zugewiesen sind, wird bei § 1 J. N. erörtert. Ordentliche Gerichte sind die Bezirksgerichte, die Gerichtshöfe erster Instanz, die Oberlandesgerichte und der Oberste Gerichtshof. Unter bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sind einerseits im Gegensatze zum außerstreitigen Verfahren Gegenstände der Rechtsverfolgung, andererseits im Gegensatze zum Strafverfahren Gegenstände des materiellen Civilrechtes gemeint.

2. Das neue Gesetz bedarf der derogierenden Kraft, damit seine Sätze freien Raum zur Anwendung finden. Was die neuen Normen nicht berühren, und wo sie nicht hinreichen, dahin hat sich deshalb auch ihre derogierende Wirkung nicht zu erstrecken. Es ist sonach nicht als Aufgabe jener Regel anzusehen, das bisherige Processrecht möglichst vollständig zu be-

Digitized by Google

seitigen, sondern es wird genügen — und damit ist zugleich der Continuität des Rechtslebens gedient — wenn die aufzustellende Regel dafür sorgt, dass die Rechtssprechung innerhalb des Umkreises der in den neuen Processgesetzen enthaltenen Normen an den Rechtssätzen früherer Herkunft keinen Widerstand und kein Hindernis findet.

Das wird namentlich für den Fall praktisch, als die neuen Gesetze über einzelne processrechtliche Verhältnisse und Fragen, für die heute gesetzliche Vorschriften bestehen, weder abweichende Bestimmungen statuieren, noch auch die jetzt hiefür geltenden Vorschriften aufheben. Sind dies Verhältnisse und Fragen, die ungeachtet der Einführung eines neuen Verfahrens ihrer Natur nach in der Periode des neuen Verfahrens fortdauern, so wird ein solches Verhalten der Gesetzgebung die Vermuthung begründen, dass jene Vorschriften in Geltung bleiben sollen, und die Regel wird dann in der That den Willen des Gesetzgebers richtig zum Ausdruck bringen. Es treten darnach alle jene Vorschriften außer Wirksamkeit, welche durch Bestimmungen der neuen Gesetze ergänzt sind oder mit diesen im Widerspruche stehen (Regierungsmotive, S. 3).

Ueber die Anwendbarkeit dieser Regel und die Consequenzen ihrer Anwendung im einzelnen Falle hat, sowie hinsichtlich jeder anderen Rechtsregel, der Richter im Instanzenzuge zu entscheiden.

Artikel II.

Wo in Gesetzen und Verordnungen, die durch das Inkrafttreten der Civilprocessordnung nicht berührt werden, oder in staatlich genehmigten Statuten einzelner Gesellschaften, Anstalten und Vereine auf das rechtliche Verfahren in Streitsachen verwiesen oder, wenn auch mit Einschränkungen und Abänderungen, die Anwendung der Vorschriften der Gerichtsordnungen, des ordentlichen schriftlichen oder mündlichen Processes, der Bestimmungen des Gesetzes über den summarischen Process oder über das Bagatellverfahren vorgeschrieben ist, treten an die Stelle der bezogenen Bestimmungen die Vorschriften des ersten bis fünften Theiles der Civilprocessordnung, und zwar in der Art, dass:

1. je nach Verschiedenheit des zuständigen Gerichtes die in der Civilprocessordnung für das Verfahren vor Gerichtshöfen oder die für das bezirksgerichtliche Verfahren aufgestellten Vorschriften zur Anwendung zu kommen haben, und

2. dort, wo das bezirksgerichtliche Verfahren der Civilprocessordnung an Stelle des Bagatellverfahrens zu treten hat, überdies die besonderen Bestimmungen der §§ 449 bis 453 C. P. O. anzuwenden sind.

Digitized by Google

In verschiedenen Gesetzen und Verordnungen oder staatlich genehmigten Statuten ist auf das rechtliche Verfahren in Streitsachen verwiesen oder die Anwendung des ordentlichen, des summarischen oder Bagatellverfahrens vorgeschrieben (Regierungsmotive, S. 3). Die diesbezüglichen Bestimmungen treten außer Kraft. Insbesondere tritt an die Stelle des summarischen Verfahrens bei Gerichtshofprocessen nicht das bezirksgerichtliche Verfahren, sondern das gewöhnliche Verfahren vor Gerichtshöfen. Je nachdem kraft der Normen über die Vertheilung der Gerichtsbarkeit in Hinkunft ein Gerichtshof oder ein Bezirksgericht für die betreffende Rechtssache zuständig ist, haben die Vorschriften über das Verfahren vor Gerichtshöfen oder über das Verfahren vor Bezirksgerichten Anwendung zu finden. Da das Verfahren in Bagatellsachen nach der Civilprocessordnung von dem Bagatellverfahren des geltenden Rechtes nicht wesentlich abweicht, aber doch gegenüber dem normalen bezirksgerichtlichen Processe auch fürderhin nicht unerhebliche Erleichterungen enthält, soll den Angelegenheiten, die derzeit zufolge besonderer Vorschrift nach dem Bagatellverfahren zu erledigen waren (vgl. zum Beispiel § 49 des Gesetzes vom 16. März 1884, Nr. 36 R.-G.-Bl.), dieser Vorzug ungeschmälert gewahrt bleiben (Motive der Regierung, S. 4). Auch für Rechtsstreitigkeiten aus Ratengeschäften (Gesetz vom 27. April 1896, R.-G.-Bl. Nr. 70, § 7) wird die Vorschrift des Art. II zur Anwendung zu kommen haben, wenn auch dieses Gesetz jüngeren Datums als die Civilprocessordnung ist.

Artikel III.

Zufolge der Bestimmung des Artikel I, Abs. 2, verlieren insbesondere ihre Wirksamkeit:

1. Die Vorschriften des Patentes vom 1. November 1781, J. G. S. Nr. 27, über das Verfahren vor den Berggerichten.

2. Die Vorschriften des Patentes vom 9. April 1782, J. G. S. Nr. 41 und der Ministerialverordnungen vom 25. Jänner 1850, R.-G.-Bl. Nr. 52, und vom 18. Juli 1859, R.-G.-Bl. Nr. 132, über das Verfahren in Handels- und Wechselstreitigkeiten.

3. Die Vorschriften der mit Verordnung des dalmatinischen Guberniums vom 14. April 1829, Z. 6783 (dalmatinische G. S. 1829, S. 140) kundgemachten Instruction über den vorgängigen Vergleichsversuch.

4. Die Vorschriften des für Tirol und Vorarlberg erlassenen Hofdecrets vom 8. August 1837, S. G. S. Nr. 218, über das Audienzverfahren.

Für die im § 53 der Jurisdictionsnorm bezeichneten Streitsachen in Angelegenheit des Bergbaues, sowie für Handels-

Digitized by Google

streitigkeiten soll, abgesehen von der besonderen Zusammensetzung der Senate bei den Gerichtshöfen, fortan kein verschiedenes Verfahren stattfinden (Regierungsmotive, S. 4). Für das Verfahren in Wechselsachen treffen die §§ 555 ff. C. P. O. besondere Bestimmungen. Gemäß § 433 C. P. O. kann in Rechtssachen bis zum Betrage oder Werte von 500 fl. vor Erhebung der Klage, wenn diese vor ein Bezirksgericht gehört, ein Vergleichsversuch beantragt werden.

Artikel IV.

Unberührt bleiben:

1. Die Vorschriften über die Vertretung des Staates, der von demselben verwalteten oder dotierten Fonde, Kirchen, Pfründen und anderer Vermögenschaften durch die Finanzprocuratur. Inwiefern die landesfürstlichen Steuerämter zum Behufe der Hereinbringung von Steuern, Gebüren oder anderen öffentlichen Abgaben zu gerichtlichem Einschreiten ermächtigt sind, wird durch besondere Vorschriften bestimmt.

2. Die gesetzlichen Vorschriften über die gerichtliche Vertretung von Gemeinden, Gesellschaften, Genossenschaften, Bruderladen und Hilfscassen, sowie über die Behändigung von Ladungen und anderen Zustellungen an dieselben.

3. Die Vorschriften des Gesetzes vom 26. März 1890, R.-G.-Bl. Nr. 58, betreffend die Erlassung von Tarifen für die Entlohnung bestimmter Leistungen der Advocaten und ihrer Kanzleien im gerichtlichen Verfahren.

4. Die Vorschriften der Gesetze vom 24. April 1874, R.-G.-Bl. Nr. 48 und 49, über die Bestellung eines gemeinsamen Curators der Besitzer von Pfandbriefen und von auf Inhaber lautenden oder indossablen Theilschuldverschreibungen.

5. Die Vorschriften der §§ 1, 2, 3 und 5 der Justizministerialverordnung vom 8. Juni 1857, R.-G.-Bl. Nr. 114, betreffend die Behandlung der Winkelschreiber. Gegen die Entscheidung, wodurch jemand wegen Winkelschreiberei bestraft wird, steht demselben der Recurs nach Maßgabe der §§ 514 bis 528 C. P. O. zu.

1. Die Vorschriften, welche die Vertretung des Staates, der von demselben dotierten und verwalteten Fonde, der Kirchen, Pfründen und anderen Vermögenschaften durch die Finanzprocuratur betreffen, sind bei § 1 der C. P. O. angeführt. Zufolge des M. E. vom 6. Februar 1893, Nr. 30 R.-G.-Bl., sind die k. k. Forst- und Domänendirectionen in Wien, Gmunden, Salzburg, Innsbruck und Görz ermächtigt, das k. k. Forstärar und die in Verwaltung des Staates stehenden Fonde bei

Digitized by Google

Eintreibung jener Forderungen, welche sich auf die von den genannten Directionen verwalteten Güter beziehen, in der Art gerichtlich zu vertreten, dass sie entweder selbst oder durch die ihnen unterstehenden, mit Substitutionsvollmachten zu versehenden Verwaltungsorgane die Einleitung des Mahnverfahrens erwirken und dessen Durchführung betreiben und den ersten und zweiten Grad der Mobilarexecution und bezüglich der Bestandzinsforderungen auch die Sequestration des in Bestand gegebenen Objectes erwirken.

Wenn die Finanzverwaltung zum Behufe der Einbringung rückständiger Steuern und Zuschläge nach den bestehenden Gesetzen zur Executionsführung auf unbewegliche Güter schreitet, so sind bei Gerichten, an deren Sitz die Finanzprocuratur nicht ihren Amtssitz hat, in jenen Fällen, in welchen das unbewegliche Gut in einem zur Erwerbung dinglicher Rechte an Liegenschaften bestimmten öffentlichen Buche eingetragen ist, auch die Steuerämter ermächtigt, den ersten und zweiten Executionsschritt (executive Pfändung und Schätzung) ohne Nachweisung eines besonderen Auftrages ihrer vorgesetzten Behörde in gesetzlicher Vertretung des Aerars, den dritten Executionschritt (executive Feilbietung) aber nur auf Grund eines besonderen Auftrages der Finanzlandesbehörde zu erwirken. Diese Bestimmungen der M. V. v. 24. April 1871, Nr. 50 R.-G.-Bl. wurden durch die M. V. v. 14. Mai 1879, Nr. 76 R.-G.-Bl. auch auf die Fälle der Hereinbringung rückständiger Gebüren von Rechtsgeschäften, Urkunden, Schriften und Amtshandlungen ausgedehnt.

Wenn die Mobilarexecution zur Einbringung rückständiger Steuern und Zuschläge nach den bestehenden Gesetzen und Verordnungen im gerichtlichen Wege durchgeführt werden muss, so sind zur Erwirkung aller Executionsschritte bei Gerichten, an deren Sitz sich eine Finanzprocuratur nicht befindet, die Steuerämter in Vertretung der Finanzprocuratur, und zwar ohne Nachweisung eines besonderen Auftrages ihrer vorgesetzten Behörde ermächtigt (M. V. v. 17. November 1892 Nr. 215 R.-G.-Bl.).

Die Staatsbahndirectionen vertreten innerhalb ihres Geschäftsbezirkes in allen ihrer Competenz zugehörigen Angelegenheiten die Staatseisenbahnverwaltung selbständig, so dass sie auch ohne besonderen höheren Auftrag durch ihre Rechtshandlungen, Verträge, Processe, Vergleiche etc. für dieselben Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen (§ 16, M. V. v. 19. Jänner 1896, Nr. 16 R.-G.-Bl.). Durch diese Bestimmung wurden jedoch die Vorschriften über die Vertretung des Staates durch die Finanzprocuraturen und über die Zuständigkeit der Gerichte

Digitized by Google

am Sitze der Finanzprocuraturen für Klagen gegen das Eisenbahnärar nicht berührt (E. d. O. G. H. C. Bl., XV, 172).

2. Betreffs der Vertretung von Gemeinden, Gesellschaften, Genossenschaften, Bruderladen und Hilfscassen sind die Bemerkungen bei § 1 C. P. O. unter Nr. 6 zu vergleichen. Die gemäß Gesetzes vom 26. März 1890, Nr. 58, R.-G.-Bl., vom Justizminister erlassenen Tarife gelten — unter Wahrung des Rechtes der freien Vereinbarung und unter Wahrung der richterlichen Befugnis, die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der einzelnen Leistungen zu prüfen — sowohl im Verhältnisse der Partei zu ihrem Advocaten, als auch bei Feststellung jener Kosten, welche im streitigen Verfahren der Processgegner zu ersetzen hat. Der Tarif gilt auch dann, wenn die in demselben bezeichneten Leistungen von Notaren verrichtet werden, sofern dieselben dazu berechtigt sind und insoweit die Entlohnung nicht durch die Bestimmungen des Notariatstarifes geregelt oder nach dem Gebürentarife für Notare als Gerichtscommissäre zu bemessen ist.

3. Der § 1 der M. V. v. 8. Juni 1857, Nr. 114 R.-G.-Bl., ist bei § 29 C. P. O. auf S. 56 abgedruckt. Die Untersuchung und Bestrafung der Winkelschreiberei steht nach § 2 dieser Verordnung jenem Gerichte zu, bei welchem der Winkelschreiber unmittelbar oder mittelbar eingeschritten, oder bei welchem eine von demselben verfasste Rechtsurkunde oder Eingabe überreicht worden ist. Dies gilt auch von den Oberlandesgerichten und dem Obersten Gerichtshofe rücksichtlich der bei denselben vorkommenden Fälle, sofern es dieselben nicht für zweckmäßiger erachten, ein Gericht erster Instanz mit der Untersuchung und Entscheidung zu beauftragen.

Nach § 3 hat jedes Gericht die Untersuchung kraft seiner Disciplinargewalt zur Aufrechthaltung der gerichtlichen Ordnung von amtswegen zu pflegen und nach Erhebung des Gegenstandes gegen den der Winkelschreiberei schuldig Befundenen eine Geldstrafe von 5 bis 200 fl. ö. W. oder Arrest von 24 Stunden bis 6 Wochen zu verhängen.

Nach § 5 ist gegen Advocaten und Notare, welche gerichtliche Eingaben, die von Winkelschreibern für dritte Personen verfasst werden, mit ihrer Unterschrift versehen oder auf was immer für eine andere Art die Winkelschreiberei begünstigen, im Disciplinarwege vorzugehen.

Winkelschreiber dürfen nach § 29 C. P. O. als Bevollmächtigte nicht zugelassen werden. Die Folgen der Verurtheilung wegen Winkelschreiberei beschränken sich nicht auf den

Digitized by Google

Sprengel des Gerichtes, welches das bezügliche Erkenntnis in erster Instanz gefällt hat (E. d. O. G. H., G. Z. 1870, Nr. 63).

Artikel V.

Die Vorschriften des Hofdecretes vom 4. October 1833, J. G. S. Nr. 2633, über die Liquidierung und Einbringung der Advocatengebüren im gerichtlichen Verfahren in und außer Streitsachen bleiben mit folgenden Ergänzungen in Wirksamkeit:

Der Antrag auf Liquidierung kann sowohl von der Partei als von dem Advocaten gestellt werden.

Wird der Antrag auf Liquidierung von Seite der Partei gestellt, so ist dem Advocaten die Vorlage einer Gebürenrechnung binnen angemessener Frist aufzutragen, widrigenfalls mit der Feststellung der Gebüren auf Grund der von der Partei beigebrachten Behelfe vorgegangen wird.

Die Frist kann aus berücksichtigungswürdigen Gründen erweitert werden.

Die Feststellung hat sich auch auf die Entscheidung der Frage zu erstrecken, inwieferne die vom Advocaten vorgenommenen Vertretungshandlungen zur zweckentsprechenden Rechtsvertretung nothwendig waren oder sonst mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Falles und die vorhandenen Umstände als gerechtfertigt erscheinen.

1. Nach dem Hofdecrete vom 4. October 1833, Nr. 2633 J. G. S., sind die Gebüren der Advocaten von jenem Richter, vor welchem das Geschäft, woraus sie entstanden sind, verhandelt wurde, im ämtlichen Wege, und falls es nöthig wäre, nach vorläufigem Einvernehmen der Parteien, ohne jedoch einem förmlichen Processe stattzugeben, zu liquidieren. — Ueber das Begehren des Advocaten, den Clienten zur Bezahlung der obbemeldetermaßen liquidierten, oder von dem Clienten als richtig anerkannten Gebüren zu verhalten, hat der competente Richter des letzteren nach vorläufigem contradictorischen Verfahren durch Urtheil zu entscheiden.

2. Nach § 37 Ger.-Verf.-Ges. bedürfen die sich bei Liquidierung der Advocatengebüren ergebenden Aufträge und Verfügungen mit Ausnahme der Feststellung der Gebüren selbst bei Gerichtshöfen nicht der Beschlussfassung des Senates. Der Vorsitzende des Senates oder der beauftragte Richter wird daher über die Palmar- und Expensenrechnung des Advocaten den Gegner des Liquidierungswerbers schriftlich oder mündlich zu hören haben, indem er entweder diesem das Liquidierungsgesuch zur Aeußerung innerhalb einer bestimmten Frist zustellt oder eine Tagsatzung zu dessen Einvernahme anordnet. Die

Digitized by Google

Partei wird sich über die Höhe der Ansätze, über die Zweckmäßigkeit der einzelnen Leistungen, über die Frage der Bevollmächtigung und der factischen Leistung zu äußern haben, worüber erforderlichenfalls noch der Liquidierungswerber schriftlich oder mündlich zu hören sein wird. Die Adjustierung erfolgt mittels Beschlusses, bei Gerichtshöfen durch den Senat in nicht öffentlicher Sitzung unter Berücksichtigung des Advocatentarifes und der allgemeinen Vorschriften über die Processkosten, jedoch mit der Abweichung, dass nicht bloß die Nothwendigkeit der Vertretungshandlung vom Gesichtspunkte der zweckentsprechenden Rechtsvertretung (§ 41, Anm. 2) entscheidet, sondern auch die Beschaffenheit des Falles und die vorhandenen Umstände zu berücksichtigen sind. Der Advocat kann gewisse Vertretungshandlungen auf besonderen Wunsch seines Clienten vorgenommen haben, obwohl von vornherein feststand, dass diese Vertretungshandlung zur zweckentsprechenden Rechtsvertretung nicht gerade nothwendig ist. Es wäre unbillig, dem Anwalte den Anspruch auf Ersatz solcher Kosten zu versagen, wenn die fragliche Handlung nur infolge Auftrages des Clienten vorgenommen wurde (Motive des Ausschusses, S. 3).

Die Vorschriften über die Liquidierung haben auch bezüglich der aus Anlass der Substituierung entstandenen Kosten des Substituten (E. d. O. G. H. Nr. 12423, 14316) und bezüglich der Gebüren eines Notars (E. d. O. G. H. Nr. 14536) Anwendung zu finden.

3. Die Frage der Bevollmächtigung des Advocaten und der factischen Leistung ist wohl bei der Liquidierung zu erörtern, um eine Uebereinstimmung beider Theile zu ermöglichen, zu entscheiden ist aber bloß über die Zweckmäßigkeit oder Gerechtfertigtheit und über die Höhe der Kosten. Es ist fortan klar, dass in dem gegen die säumige Partei vom Advocaten auf Grund der Liquidierung einzuleitenden Processe bloß die Frage der Bevollmächtigung und der factischen Leistung der verzeichneten Vertretungshandlungen und Kosten Gegenstand des Streites sein kann (Regierungsmotive, S. 6). Die Klage kann nach § 94 J. N. beim Gerichte des Hauptprocesses angebracht werden.

Artikel VI.

Unberührt bleiben:

1. Die Vorschriften der §§ 99, 157 und 158 des a. b. G. B Das angeführte Ehehindernis (§ 99 a. b. G. B.) kann nicht durch Vernehmung der Ehegatten nach §§ 371 ff. der Civilprocessordnung bewiesen werden.

Digitized by Google

2. Die Vorschriften des Justizministerialerlasses vom 14. Mai 1854, Z. 8346, über die Beeidigung der Mitglieder des kaiserlichen Hauses.

3. Die Vorschriften, nach welchen das Obersthofmarschallamt, die dem Beklagten vorgesetzten Militärbehörden oder die geklagten Bezirken und Gemeinden übergeordneten autonomen Organe von der Anbringung von Klagen gegen Hofdiener, Militär- und Landwehrpersonen oder von Klagen gegen Bezirke und Gemeinden zu verständigen sind.

Betreffs der Ziffer 1 ist Anm. 1 bei § 266 C. P. O., bezüglich der Ziffer 2 die Anm. 1 bei § 337 und rücksichtlich der Ziffer 3 die Anm. 7 bei § 230 zu vergleichen.

Artikel VII.

Unberührt bleiben die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes:

1. durch welche bestimmte Urkunden als öffentlich erklärt oder den inländischen öffentlichen Urkunden gleichgestellt werden;

2. durch welche die Beweiskraft einer Privaturkunde von bestimmten Erfordernissen abhängig gemacht ist;

3. durch welche für das Datum einer Urkunde ein von der Erklärung des Ausstellers verschiedener Beweis verlangt wird.

4. durch welche die Art der Vorlegung der Handelsbücher und die Rechtsfolgen ihrer Nichtvorlegung bestimmt werden;

5. die Vorschriften über die Vorlegung der Tagebücher der Handelsmäkler und der Urschrift von Notariatsurkunden.

Unter den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes sind nach Art. XXX, E. G. nicht nur die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, sondern auch jene des Handelsrechtes und der Wechselordnung und die in anderen Gesetzen enthaltenen Normen des Privatrechtes zu verstehen. Zu Ziffer 1 ist die Anmerkung 1 bei § 293 C. P. O. zu vergleichen. Zu Ziffer 2 vergleiche die Anmerkung 4 bei § 294, zu Ziffer 3 die Anmerkung 5 bei § 294, zu Ziffer 4 die Anmerkung 2 bei § 297, die Anmerkungen bei § 300 und bei § 307.

Im Laufe eines Rechtsstreites kann der Richter, selbst ohne Antrag einer Partei, die Vorlage des Tagebuches eines Handelsmäklers anordnen, um dasselbe einzusehen und mit der Schlussnote, den Auszügen und anderen Beweismitteln zu vergleichen.

Die Vorschriften des Art. 39 H. G. B. (§ 300) finden auch in Bezug auf die Vorlegung des Tagebuches Anwendung (Art. 79, G. v. 4. April 1875, Nr. 68 R.-G.-Bl.).

Digitized by Google

Außer den in der Notariatsordnung vom 25. Juli 1877, Nr. 75 R.-G.-Bl., angeführten besonderen Fällen darf der Notar nach § 50, Not.-Ordn. die Urschrift einer Notariatsurkunde nur über gerichtlichen Auftrag dem Gerichte oder über Auftrag der Notariatskammer dieser ausfolgen.

Artikel VIII.

Unberührt bleiben die Bestimmungen der Staatsverträge, nach welchen die Consularfunctionäre auswärtiger Staaten als Zeugen in ihrer Wohnung abzuhören oder zur schriftlichen Abgabe des Zeugnisses zuzulassen sind.

Die bezüglichen Staatsverträge sind bei § 132 C. P. O. angeführt.

Eigentliche diplomatische Personen genießen die Exterritorialität, hinsichtlich derselben bedarf es daher keiner besonderen Bestimmung (Regierungsmotive, S. 8).

Artikel IX.

Unberührt bleiben die Bestimmungen der Artikel II und IV lit. a und e der Ministerialverordnung vom 28. October 1865, R.-G.-Bl. Nr. 110, über die den Anstalten, welche Creditgeschäfte betreiben, zukommenden Ausnahmen von den allgemeinen Justizgesetzen.

Bei Erlassung des Zahlungsauftrages zu Gunsten einer Hypothekarforderung (Artikel IV lit. a) ist nach den §§ 548 bis 554 C. P. O. zu verfahren.

Die M. V. v. 28. October 1865, Nr. 110 R.-G.-Bl., wurde bei den einschlägigen Vorschriften der Civilprocessordnung angeführt, so der Art. II bei § 295 unter Anm. 2, der Art. IV a bei § 548 unter Anm. 3 d, der Art. IV e bei § 104 unter Anm. 4. Die Bestimmung des Art. IV lit. a, dass der Erlag einer Deckung der Bewilligung und Vollziehung der Pfändung oder Sequestration des hypothecierten Gutes nicht im Wege steht, verliert gegenüber der Executionsordnung ihren singulären Charakter, weil diese dem Deckungserlage die Wirkung eines Einstellungs- oder Aufschiebungsgrundes überhaupt nicht beimisst (Regierungsmotive, S. 8).

Artikel X.

Die Vorschriften der Civilprocessordnung über Auflösung von Bestandverträgen und über das Verfahren in Streitigkeiten aus Bestandverträgen finden auf die Contadinen- und Colonenverhältnisse in Dalmatien keine Anwendung, und es bleiben die in Ansehung der Auflösung dieser Verhältnisse zur Zeit in Kraft bestehenden Gesetze und Verordnungen unberührt.

Digitized by Google

Das Gesetz vom 11. Jänner 1878, Nr. 9 R.-G.-Bl., regelt die Ablösung der in Dalmatien bestehenden Contadinen- und Colonenverhältnisse.

Artikel XI.

Desgleichen bleiben unberührt:

1. Die für die Aufkündigung von Bestandverträgen über Grundstücke, Gebäude und andere unbewegliche oder gesetzlich für unbeweglich erklärte Sachen, sowie für die Uebergabe und Uebernahme solcher Bestandgegenstände festgesetzten Termine und Fristen. Wo es an derlei Festsetzungen fehlt oder eine diesfalls bereits bestehende Regelung geändert werden soll, kann die politische Landesstelle im Einvernehmen mit dem Oberlandesgerichte die bei Aufkündigung und Rückstellung der bezeichneten Bestandgegenstände zu beachtenden Termine und Fristen festsetzen. In gleicher Weise kann die politische Landesstelle im Einvernehmen mit dem Oberlandesgerichte Bestimmungen darüber treffen, zu welcher Zeit und in welchem Umfange der Bestandnehmer nach der Kündigung die Besichtigung der bezeichneten Bestandgegenstände durch Mietslustige zu gestatten habe. Solche Anordnungen sind durch das Landesgesetzblatt und die amtliche Landeszeitung kundzumachen.

2. Die Vorschriften des Gesetzes vom 18. April 1869, R.-G.-Bl. Nr. 44, über die Einstellung des gerichtlichen Verfahrens, wenn dem Reichsgerichte der Antrag auf Entscheidung eines bejahenden Competenzconflictes vorgelegt wird.

3. Die Vorschrift des § 11, Abs. 1 des Gesetzes vom 28. Mai 1881, R.-G.-Bl. Nr. 47, betreffend Abhilfe wider unredliche Vorgänge bei Creditgeschäften.

4. Die Vorschriften des § 35 des Gesetzes vom 16. März 1884, R.-G.-Bl. Nr. 36 über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen.

5. Die Vorschriften der §§ 1 bis 6 und des § 9 des Gesetzes vom 6. Juni 1887, R.-G.-Bl. Nr. 72, betreffend die Wirkungen und die Anfechtbarkeit der von Behörden des stehenden Heeres, der Kriegsmarine und der Landwehr auf administrativem Wege gefällten Ersatzerkenntnisse.

1. Die in den bisher geltenden Vorschriften statuierte Einschränkung auf die Festsetzung von Fristen und Terminen für die Aufkündigung von Mieten wurde fallen gelassen, weil im § 1116 a. b. G. B. die Grundlage geboten ist, um solche besondere Vorschriften auch bei Pachtungen beachten zu können, und weil sich mit Rücksicht auf die gegebenen Verhältnisse

Digitized by Google

eines bestimmten Ortes immerhin auch das Bedürfnis nach einer Regelung in dieser Richtung ergeben kann (Regierungsmotive, S. 9). Die Befugnis der Landesstelle im Einvernehmen mit dem Oberlandesgerichte soll sich auch darauf ausdehnen können, festzusetzen, zu welcher Zeit und in welchem Umfange der Bestandnehmer nach der Kündigung die Besichtigung der Bestandgegenstände durch Mietlustige zu gestatten habe (Motive des Herrenhauses, S. 17). Die diesbezüglich bestehenden Vorschriften sind bei Manz zu § 1116 a. b. G. B. gesammelt.

2. Nach § 13 des Gesetzes vom 18. April 1869, Nr. 44 R.-G.-Bl., hat im Falle eines bejahenden Competenzconflictes die antragstellende Verwaltungsbehörde, sobald der Antrag dem Reichsgerichte vorgelegt ist, unter Nachweis dieses Umstandes dem Gerichte, bei welchem die Sache anhängig ist, falls aber die Sache bereits rechtsgiltig entschieden wäre, dem Gerichte erster Instanz davon die Anzeige zu machen. Das Gericht ist verpflichtet, über diese Anzeige das weitere Verfahren einzustellen und die betheiligten Personen davon zu verständigen. Die Execution kann bis zur Entscheidung des Competenzconflictes weder bewilligt noch fortgesetzt, auf Grund eines schon vor Erhebung des Competenzconflictes ergangenen Urtheils aber bis zur Sicherstellung oder gegen Sicherheitsleistung zugelassen werden.

Die Wirkungen der Einstellung sind jene der Unterbrechung nach § 163 C. P. O.

3. Nach § 11 des Gesetzes vom 28. Mai 1881, Nr. 47 R.-G.-Bl., betreffend Abhilfe wider unredliche Vorgänge bei Creditgeschäften hat der Civilrichter auf Ersuchen des Strafgerichtes, bei welchem eine Strafverhandlung wegen einer im § 1 erwähnten strafbaren Handlung anhängig ist, jederzeit mit dem die fragliche Forderung betreffenden Verfahren innezuhalten. Während daher nach § 191 C. P. O. wegen der Präjudicialität eines strafgerichtlichen Verfahrens der Lauf des Civilrechtsstreites nur unterbrochen werden **kann**, soll er in diesem Falle unbedingt unterbrochen werden (Regierungsmotive, S. 9). Die Bestimmung reicht aber auch noch in anderer Beziehung weiter als die Unterbrechung des Verfahrens nach § 163 C. P. O., da nicht nur das Erkenntnis-, sondern auch das Vollstreckungsverfahren zu unterbrechen ist (E. d. O. G. H. Nr. 11421).

4. Hinsichtlich der Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Concursverfahrens schreibt § 35 des Gesetzes vom 16. März 1884, Nr. 36 R.-G.-Bl. vor, dass mit dem Begehren, dass die angefochtene Rechtshandlung dem Gläubiger gegenüber als unwirksam erklärt werde, das weitere Begehren

Digitized by Google

zu verbinden ist, was der Beklagte zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers zu leisten oder zu dulden für schuldig erkannt werden soll.

Der Zweck dieser Klage, welche auf die Befriedigung des anfechtenden Gläubigers abzielt, in Verbindung mit der Tendenz, die Vervielfältigung von Anfechtungsprocessen zu verhindern, sprechen dafür, diese Ausnahme von der im § 228 der Civilprocessordnung aufgestellten Regel nicht zu beseitigen (Regierungsmotive, S. 9).

5. **Gesetz vom 6. Juni 1887, Nr. 72 R.-G.-Bl.:**

§ 1. Die Bestimmungen dieses Gesetzes sind maßgebend für die Wirkung und die Anfechtbarkeit von Erkenntnissen, welche eine Behörde des stehenden Heeres, der Kriegsmarine oder der Landwehr auf dem administrativen Wege gefällt hat und wodurch eine im Dienstverbande des stehenden Heeres, der Kriegsmarine oder der Landwehr stehende Person zum Ersatze des durch Verletzung einer Dienstpflicht herbeigeführten Schadens verurtheilt wurde.

§ 2. Besteht der auf Grund eines im § 1 bezeichneten Erkenntnisses zu ersetzende Schaden in einem Abgange an dem urkundlich festgestellten Bestande an barem Gelde, Wertpapieren oder Vorräthen, und ist die Verurtheilung zum Ersatze gegen eine solche Person erfolgt, welche sich nach der durch eine sorgfältige Untersuchung des Sachverhaltes gewonnenen Ueberzeugung der entscheidenden Behörde einer nach dem Strafgesetze zu ahndenden Handlung, oder einer Verletzung derjenigen Dienstpflichten schuldig gemacht hat, welche ihr in Beziehung auf die Verwaltung, Einnahme, Ausgabe, Erhebung, Ablieferung oder den Transport der abgehenden Gegenstände oblagen, so kann der zum Ersatze Verurtheilte, nachdem er die auf dem administrativen Wege zulässigen Mittel der Anfechtung erschöpft hat, den Weg der Klage betreten, um die gänzliche oder theilweise Aufhebung des administrativen Erkenntnisses zu bewirken.

Diese Klage ist binnen 3 Monaten nach dem Tage der Zustellung des endgiltigen administrativen Erkenntnisses anzubringen.

Zuständig für die Klage ist der Gerichtshof erster Instanz, bei welchem oder in dessen Sprengel der Verurtheilte zur Zeit der im vorstehenden Absatze bezeichneten Zustellung seinen allgemeinen persönlichen Gerichtsstand hatte.

Durch die vorstehenden Bestimmungen werden die Wirkungen eines strafgerichtlichen Erkenntnisses nicht berührt,

Digitized by Google

durch welches dem Verurtheilten die Leistung eines Schadenersatzes rechtskräftig auferlegt wird.

§ 3. Handelt es sich um den Ersatz eines anderen als des im § 2 bezeichneten Schadens, oder ist die Verurtheilung der schuldtragenden Person zum Ersatze wegen anderer als der im § 2 bezeichneten Handlungen erfolgt, so kann der zum Ersatze Verurtheilte binnen zwei Wochen nach dem Tage der Zustellung des Erkenntnisses bei der Behörde, welche das Erkenntnis gefällt hat, Einsprache erheben.

Diese Einsprache ist auch dann zulässig, wenn das Erkenntnis noch einer Anfechtung im administrativen Wege unterliegt.

Die Einsprache bewirkt die Verweisung der durch das Erkenntnis der betreffenden Behörde des stehenden Heeres, der Kriegsmarine oder der Landwehr zugesprochenen Ersatzforderung auf den ordentlichen Rechtsweg.

§ 4. Die in §§ 2 und 3 bestimmten Fristen können nur mit Zustimmung des Gegners erstreckt werden. Die Wiedereinsetzung gegen die Folgen ihrer Versäumung kann nach den allgemeinen civilprocessualen Bestimmungen ertheilt werden.

§ 5. Das Gericht, welches über eine nach §§ 2 oder 3 angebrachte Klage zu entscheiden hat, kann zur Aufklärung des Sachverhaltes auf Antrag oder von amtswegen die Mittheilung der Acten über die bei der betreffenden Behörde des stehenden Heeres, der Kriegsmarine oder der Landwehr im Straf-, Disciplinar- oder Administrativverfahren gepflogenen Verhandlungen begehren und die Vernehmung derjenigen Personen anordnen, welche über die durch den Streit berührten dienstlichen Verhältnisse Auskunft zu geben in der Lage sind.

Bei der Entscheidung von Thatfragen ist das Gericht an gesetzliche Beweisregeln nicht gebunden, und hat nach seiner freien, auf Grund der gewissenhaften Prüfung des Beweismateriales gewonnenen Ueberzeugung zu erkennen.

§ 6. Ist in einem nach § 3 eingeleiteten Rechtsstreite der Beweis über die Größe eines Schadens oder über den Antheil, der dem Beklagten an dem Schaden zur Last fällt, gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu führen, so kann das Gericht, wenn es die Ueberzeugung gewinnt, dass der Beklagte eine solche Verletzung seiner Dienstpflichten begangen hat, welche einen Schaden herbeiführen musste, den zu ersetzenden Schaden nach seinem durch die sorgfältige Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen der Billigkeit gemäß bestimmen.

Digitized by Google

§ 9. Die Bestimmungen der §§ 2 und 3 finden auch in denjenigen bereits anhängigen Fällen eines administrativen Verfahrens Anwendung, in denen zur Zeit des Beginnes der Wirksamkeit dieses Gesetzes das endgiltige Erkenntnis dem Verurtheilten noch nicht zugestellt worden ist.

Die Bestimmungen der §§ 5 und 6 dieses Gesetzes sind auch in denjenigen Rechtsstreitigkeiten anzuwenden, in welchen die Heeres-, beziehungsweise Kriegsmarine- oder Landwehrverwaltung die ihr durch ein administratives Erkenntnis zugesprochene Ersatzforderung auf Grund der bisher bestandenen Anordnungen geltend macht, sofern das Verfahren nicht schon zur Zeit des Beginnes der Wirksamkeit dieses Gesetzes in erster Instanz zum Zwecke der in der Hauptsache oder wegen Zulassung eines Beweismittels zu fällenden Entscheidung geschlossen war.

Artikel XII.

Unberührt bleiben nachfolgende, die schiedsgerichtliche Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten betreffende Vorschriften:

1. Die Vorschriften über die schiedsrichterliche Entscheidung von Streitigkeiten zwischen dem galizischen Bodencreditvereine und seinen Mitgliedern oder Schuldnern (§§ 41 bis 43 und 53 bis 56 der mit Patent vom 3. November 1841, J. G. S. Nr. 569, kundgemachten Statuten der galizisch-ständischen Creditanstalt, beziehungsweise §§ 41 bis 43 und 53 bis 55 der Statuten des galizischen Bodencreditvereines).

2. Die Vorschriften des § 60 der mit Ministerialverordnung vom 6. November 1855, R.-G.-Bl. Nr. 186, kundgemachten Statuten der k. k. privilegierten österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe.

3. Die Vorschriften des Artikels II, § 7, Z. 7 des Gesetzes vom 6. September 1885, R.-G.-Bl. Nr. 122, betreffend die Bedingungen für die zum Betriebe der Kaiser Ferdinands-Nordbahn zu ertheilende neue Concession und die Ausübung der hienach dem Staate vorzubehaltenden Einlösungsrechte.

4. Die Vorschriften der Artikel 53 und 108 der mit dem Gesetze vom 21. Mai 1887, R.-G.-Bl. Nr. 51, kundgemachten Statuten der österreichisch-ungarischen Bank.

5. Die Vorschriften über die Schiedsgerichte der Arbeiter-Unfallversicherungsanstalten (§ 38 des Gesetzes vom 28. December 1887, R.-G.-Bl. Nr. 1 ex 1888; § 39 des Gesetzes vom 30. März 1888, R.-G.-Bl. Nr. 33, und Ministerialverordnung vom 10. April 1889, R.-G.-Bl. Nr. 47), der Krankencassen (§ 41 des Gesetzes vom 30. März 1888, R.-G.-Bl. Nr. 33) und der Bruderladen

Digitized by Google

(§§ 19 und 20 des Gesetzes vom 17. Jänner 1890, R.-G.-Bl. Nr. 14, beziehungsweise des Gesetzes vom 17. September 1892, R.-G.-Bl. Nr. 178).

6. Die gesetzlichen Vorschriften, durch welche Körperschaften, Anstalten und Vereine das Recht erhalten haben, zur Entscheidung gewisser Streitigkeiten Schiedsgerichte zu bestellen.

1. Für eine Reihe von Streitigkeiten wurden Schiedsgerichte geschaffen, welche insoferne einen eigenartigen Charakter aufweisen, als sie ihren Bestand und ihre Wirksamkeit nicht auf eine, wenn auch nur stillschweigende Vereinbarung der Parteien zurückführen, sondern obligatorisch für eine gewisse Art von Streitigkeiten angeordnet sind. Hieher gehören vor allem die Schiedsgerichte der Arbeiterunfallversicherungsanstalten, der Krankencassen und Bruderladen.

Entsprechend ihrer Stellung als einer Art Specialgerichte haben diese Schiedsgerichte eine ihrem Zwecke entsprechende, im vorhinein fest bestimmte Zusammensetzung, welche verbürgt, dass die Entscheidung nicht ausschließlich in die Hände Rechtsunkundiger gelegt sei; sie verhandeln öffentlich und mündlich, Rechtsmittel oder Klagen gegen ihre Urtheile sind ausgeschlossen. Die bezüglichen Vorschriften weichen somit zum Theile von den Bestimmung der Civilprocessordnung ab, und es ist daher nothwendig, ihre unveränderte Geltung durch eine ausdrückliche Bestimmung zu sichern, da kein Anlass vorliegt, in diese der eigenthümlichen Beschaffenheit der bezüglichen Ansprüche angepassten Specialnormen einzugreifen.

Ebenso war es nothwendig, in den weiteren Fällen eines unmittelbar auf das Gesetz gestützten Bestandes von Schiedsgerichten den grundlegenden Vorschriften fortdauernde Geltung zu sichern (Regierungsmotive, S. 173).

2. Nach dem Pat. v. 3. November 1841, Nr. 569 J. G. S., enthaltend die Statuten der galizisch-ständischen Creditanstalt, entscheidet ein Schiedsgericht in allen Streitigkeiten zwischen dem Creditvereine und seinen Mitgliedern, welche sich auf das Geschäft oder auf das Gut, durch welches die letzteren dem Vereine beigetreten sind, beziehen, sowie in Streitigkeiten über die gelegte Sequestrationsrechnung.

Nach den Statuten der privilegierten österreichischen Creditanstalt für Handel und Gewerbe vom 6. November 1855, Nr. 186 R.-G.-Bl., hat über Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverbande zwischen der Gesellschaft und einzelnen Actionären, oder zwischen der Gesellschaft und dem Verwaltungsrathe, oder zwischen einzelnen Mitgliedern desselben ein Schiedsgericht zu entscheiden.

Digitized by Google

Alle Streitigkeiten über die unter Z. 3 des § 7, Ges. v. 6. September 1885, Nr. 122 R.-G.-Bl., vorgesehenen Tarifreductionen der Kaiser Ferdinands-Nordbahn, sowie über den nach Z 6 dieses Paragraphen zu ermittelnden Reingewinn sind durch ein Schiedsgericht zu entscheiden.

Die Statuten der österreichisch-ungarischen Bank vom 21. Mai 1887, Nr. 51 R.-G.-Bl., bestimmen die schiedsgerichtliche Entscheidung, wenn ein Regierungscommissär gegen einen Beschluss der Generalversammlung oder des Generalrathes Einspruch erhebt und darüber zwischen der Regierung und der Bank ein Einverständnis nicht erzielt wird; für Streitigkeiten, welche anlässlich der Auflösung der Gesellschaft zwischen den Mitgliedern derselben oder in dem Verhältnisse der Bank zu der k. k. österreichischen oder zu der königl. ungarischen Regierung entstehen; für Ansprüche, welche aus der Verantwortlichkeit des Gouverneurs, der Generalräthe und Directoren aus ihrer Geschäftsführung abgeleitet werden.

Nach dem Gesetze vom 30. März 1888, Nr. 33 R.-G.-Bl., sind die Schiedsgerichte der Arbeiter-Unfallsversicherungsanstalten ausschließlich zuständig zur Entscheidung über alle von einer Verbandscassa eines Krankencassa-Verbandes an eine andere Verbandscassa erhobenen Ansprüche und nach dem Gesetze vom 28. December 1887, Nr. 1 R.-G.-Bl. f. 1888, über die gegen eine Arbeiter-Unfallversicherungsanstalt erhobenen, von derselben nicht anerkannten Entschädigungsansprüche der gegen Unfall versicherten Arbeiter und Betriebsbeamten.

Nach dem Gesetze vom 30. März 1888, Nr. 33 R.-G.-Bl., sind die Schiedsgerichte der Krankencassen ausschließlich zuständig für Streitigkeiten zwischen den versicherten Personen und den Krankencassen über Unterstützungsansprüche.

Die Bruderladen-Schiedsgerichte sind nach dem Gesetze vom 17. September 1892, Nr. 178 R.-G.-Bl. und 17. Jänner 1890, Nr. 14 R.-G.-Bl., ausschließlich zuständig in allen aus dem Versicherungsverhältnisse entstehenden Streitigkeiten zwischen den Bruderladen untereinander, sowie zwischen den Mitgliedern oder Provisionisten einerseits und den Bruderladen andererseits.

Entschädigungsansprüche für Jagd- und Wildschäden in Böhmen sind gemäß § 45 des Gesetses vom 1. Juni 1866, Nr. 49 L.-G.-Bl., wenn vertragsmäßig nichts anderes festgesetzt ist, vor dem nach § 46 ebendaselbst gebildeten Schiedsgerichte anzubringen, gegen dessen Ausspruch keine Berufung zulässig ist; die Execution ist bei dem zuständigen Gerichte anzusuchen, welches vor deren Bewilligung über etwa erhobene Nichtigkeits-

Digitized by Google

beschwerde wegen Nichteinhaltung der Bestimmungen des § 46 zu entscheiden hat.

3. Die nach Ziffer 6 zulässigen Schiedsgerichte sind bei § 599 aufgezählt. Dieselben sind den Bestimmungen der Civilprocessordnung unterworfen. Mit Erlass vom 7. Februar 1897 wurden die Vereinskrankencassen und registrierten Hilfscassen auf die Bestimmungen der §§ 586, 592, 595, 598 und 599 C. P. O. aufmerksam gemacht mit dem Beifügen, dass die mit denselben unvereinbaren statutarischen Bestimmungen zu ändern sind.

Artikel XIII.

Unberührt bleiben die Vorschriften über die Börsenschiedsgerichte, welche im § 2, Z. 7 und in § 6, Abs. 1 bis 3 des Börsengesetzes vom 1. April 1875, R.-G.-Bl Nr. 67, enthalten sind.

Der letzte Absatz des § 6 des genannten Gesetzes tritt außer Wirksamkeit. Ferner verlieren die Börsenschiedsgerichte die ihnen durch staatlich genehmigte Statuten eingeräumte Befugnis, die Execution ihrer Schiedssprüche zu bewilligen.

Artikel XIV.

Die Wirksamkeit der Börsenschiedsgerichte kann in dem Börsenstatut in der Richtung erweitert werden, dass dem Börsenschiedsgerichte auch Streitigkeiten aus Warengeschäften unterworfen werden, die außerhalb der Börse geschlossen wurden, jedoch lediglich unter nachstehenden Voraussetzungen;

1. Jeder der Streittheile muss entweder ein Organ der öffentlichen Verwaltung oder eine Handelsgesellschaft oder Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft oder ein Mitglied oder Besucher einer Börse oder eine solche Person sein, die sich berufsmäßig mit der Production, dem Handel oder der Verarbeitung jener beweglichen Sachen beschäftigt, die den Gegenstand des Geschäftes bilden;

2. das Geschäft, welches Gegenstand des Streites vor dem Schiedsgerichte ist, muss sich auf Waren beziehen, die an den betreffenden Börsen gehandelt werden dürfen;

3. beide Theile müssen sich beim Abschlusse oder vor Abwicklung des Geschäftes in einem schriftlichen Schiedsvertrage dem Ausspruche des Schiedsgerichtes unterworfen haben; protokollierte Kaufleute und Mitglieder oder Besucher einer Börse werden dem Schiedsgerichte schon durch die unbeanständet gebliebene Annahme eines Schlussbriefes unterworfen, in dem die Bestimmung enthalten ist, dass Rechtsstreitigkeiten aus dem Geschäfte von dem Börsenschiedsgerichte zu entscheiden sind.

Digitized by Google

Falls eine der Parteien den landwirtschaftlichen Berufskreisen angehört, hat das Schiedsgericht die erhobene Klage auf Antrag oder von amtswegen als zum schiedsgerichtlichen Verfahren nicht geeignet zurückzuweisen, wenn das Warengeschäft, das den Gegenstand des Streites bildet, in offenbarem Missverhältnisse zum landwirtschaftlichen Betriebe der betreffenden Partei steht.

Das Börsenstatut kann bestimmen, dass die im ersten Absatz, Z. 1, und im vorletzten Absatze enthaltenen Beschränkungen auf Ausländer keine Anwendung finden. Auch kann im Statut festgesetzt werden, dass Ausländer dem Börsenschiedsgerichte schon durch die unbeanständet gebliebene Annahme eines Schlussbriefes unterworfen werden, der die Bestimmung enthält, dass Rechtsstreitigkeiten aus dem Geschäfte von dem Börsenschiedsgerichte zu entscheiden sind.

Artikel XV.

Zur giltigen Zusammensetzung jedes Börsenschiedsgerichtes ist es erforderlich, dass demselben ein Secretär zugezogen wird. Dieses Amt ist von Beamten der Börsenkammer zu versehen, die zur Ausübung des Richteramtes befähigt, von der Börsenkammer angestellt und von dem Finanzministerium im Einvernehmen mit dem Justizministerium bestätigt sind.

Der Secretär des Börsenschiedsgerichtes nimmt die Klagen entgegen, gibt den Parteien die nöthige Anleitung, überwacht das Zustellungswesen, besorgt die nothwendigen schriftlichen Aufzeichnungen während der Verhandlung, nimmt an den Beschlussfassungen des Schiedsgerichtes mit berathender Stimme theil und fertigt die Erkenntnisse des Schiedsgerichtes aus.

Artikel XVI.

Personen, welche nicht Mitglieder oder Besucher der Börse sind, haben das Recht, die Schiedsrichter, welche sie zu bezeichnen haben, aus einer Liste von Personen zu entnehmen, die der Börse nicht angehören. Diese Liste hat einen im Börsenstatute festzusetzenden Theil der Gesammtzahl der Schiedsrichter zu enthalten.

Die in diese Liste aufzunehmenden Personen sind von den Handels- und Gewerbekammern, nöthigenfalls nach Einvernehmung von Gewerbegenossenschaften, von den Landesculturräthen oder von den Landwirtschaftsgesellschaften zu benennen. Dieselben müssen am Orte des Schiedsgerichtes ihren Wohnsitz oder Aufenthalt haben.

Die näheren Bestimmungen über die Anlegung und Ergänzung dieser Liste, insbesondere über die behufs Bildung der-

Digitized by Google

selben einzuvernehmenden Körperschaften, über die Qualification der in die Liste aufzunehmenden Personen, sowie über die Dauer ihrer Function als Schiedsrichter sind im Verordnungswege zu erlassen.

Die Liste ist im Locale des Schiedsgerichtes anzuschlagen.

Das Börsenstatut hat für den Fall Bestimmungen zu treffen, als die Befugnis, aus dieser Liste Schiedsrichter zu wählen, nicht rechtzeitig ausgeübt wird, oder die gewählten Schiedsrichter zur Verhandlung nicht erscheinen.

Wenn das Schiedsgericht aus Mitgliedern oder Besuchern der Börse und aus Personen zusammengesetzt sein soll, die der Börse nicht angehören, und die Schiedsrichter sich über den Obmann nicht einigen können, so ist derselbe von dem Präsidenten des Schiedsrichtercollegiums nach der Reihenfolge der Streitfälle abwechselnd aus der Zahl der der Börse angehörenden Schiedsrichter oder aus den in die Liste aufgenommenen Schiedsrichtern zu ernennen.

Artikel XVII.

Das Verfahren vor den Schiedsgerichten wird durch das Börsenstatut geregelt. Auf dasselbe haben die §§ 587 bis 599 C. P. O. keine Anwendung; jedoch sind die folgenden Vorschriften den Statuten zugrunde zu legen.

Artikel XVIII.

Das Börsenstatut hat Bestimmungen über die Zustellungen zu enthalten, welche geeignet sind, die verlässliche Besorgung derselben zu gewährleisten. Ebenso hat das Statut die Gründe festzustellen, aus denen ein Mitglied des Schiedsgerichtes von den Parteien abgelehnt werden kann. Das Statut hat Vorschriften über die Aufnahme von Vergleichen zu enthalten.

Artikel XIX.

Die Verhandlungen des Schiedsgerichtes sind öffentlich. In Ansehung der Ausschließung der Oeffentlichkeit gelten die Vorschriften der Civilprocessordnung (§§ 172 und 173).

Im Falle die Oeffentlichkeit ausgeschlossen wird, hat jede der Parteien das im § 174 C. P. O. bestimmte Recht.

Dem Obmanne des Schiedsgerichtes steht die Sitzungspolizei im Umfange der §§ 197 und 198 C. P. O. zu.

Artikel XX.

Die Parteien sind berechtigt, sich bei der Verhandlung vertreten zu lassen. Als Parteienvertreter sind vor dem Schiedsgerichte die in die Liste auf Grund des Artikels XVI aufge-

Digitized by Google

nommenen Personen, Advocaten, öffentliche Gesellschafter, Procuristen, Handlungsgehilfen und sonstige Angestellte der Parteien, ferner Mitglieder oder Besucher der Börse und gerichtlich bestellte Curatoren oder Abhandlungspfleger zuzulassen.

Artikel XXI.

Der Obmann des Schiedsgerichtes und der Secretär haben für die richtige Ausfertigung des Erkenntnisses Sorge zu tragen. Die Ausfertigung hat die Namen sämmtlicher Schiedsrichter auszuweisen, welche an der Verhandlung theilgenommen haben. Dieselbe ist vom Obmanne und dem Secretär zu unterzeichnen.

Die vor dem Schiedsgerichte abgeschlossenen Vergleiche sind nur giltig, wenn sie von beiden Parteien unterschrieben sind.

Artikel XXII.

Das Schiedsgericht kann Parteien, Zeugen und Sachverständige unbeeidet vernehmen. Ist eine eidliche Vernehmung der Partei oder die Beeidigung eines Zeugen oder Sachverständigen nothwendig oder weigert sich eine Partei, ein Zeuge oder Sachverständiger sich vernehmen zu lassen, so ist jenes Bezirksgericht, in dessen Sprengel die zu vernehmende oder zu beeidigende Person wohnt oder sich aufhält, um die Vornahme zu ersuchen.

Ein solches Ansuchen kann auch gestellt werden, wenn die Beweisaufnahme außerhalb des Ortes stattfinden soll, wo das Schiedsgericht seinen Sitz hat.

Artikel XXIII.

Ein Erkenntnis des Börsenschiedsgerichtes kann mittels Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden:

1. wenn der Schiedsvertrag ungiltig ist; ein Schiedsvertrag ist insbesondere ungiltig, wenn der Beschwerdeführer denselben mit Rücksicht auf die von Mitgliedern eines Unternehmerverbandes (Cartell) getroffene Verabredung eingegangen ist, wonach für seine gewerbliche Production erforderliche Stoffe, Werkzeuge und sonstige Hilfsmittel im inländischen Verkehre nur unter der Bedingung veräußert werden sollen, dass sich der Käufer in Ansehung der aus dem Geschäfte entspringenden Streitigkeiten einem Börsenschiedsgerichte unterwerfe; auf die Geltendmachung dieser Ungiltigkeit kann vor Beginn der schiedsgerichtlichen Verhandlung nicht wirksam verzichtet werden;

2. wenn das Schiedsgericht sich mit Unrecht für zuständig oder für unzuständig erklärte;

3. wenn das Schiedsgericht die Klage nicht nach Vorschrift des Artikels XIV, vorletzter Absatz, zurückgewiesen hat;

Digitized by Google

4. wenn die Zustellung der Klage nicht statutenmäßig erfolgt ist oder einer Partei die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, durch statutenwidrigen Vorgang entzogen wurde;

5. wenn eine Person verhandelt hat, welche hiezu gesetzlich nicht befähigt oder nicht berechtigt war;

6. wenn ein auf Grund der Statuten abgelehnter Richter an der Verhandlung theilgenommen hat;

7. wenn das Schiedsgericht nicht ordnungsmäßig zusammengesetzt war;

8. wenn die Oeffentlichkeit in ungerechtfertigter Weise ausgeschlossen wurde.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist beim Gerichtshof erster Instanz (Handelsgericht), in dessen Sprengel das Schiedsgericht seinen Sitz hat, binnen vierzehn Tagen nach Zustellung des schiedsgerichtlichen Erkenntnisses einzubringen. Der Gerichtshof entscheidet nach Anhörung der Parteien und erforderlichenfalls des Obmannes und Secretärs des Schiedsgerichtes durch Beschluss.

Durch die Einbringung der Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Schiedsspruch wird die Execution desselben nicht gehemmt. Wenn jedoch die obsiegende Partei durch den Vollzug einer Executionshandlung oder in anderer Weise sichergestellt ist, oder wenn, soweit im Schiedsspruche eine Geldleistung auferlegt wurde, der fragliche Geldbetrag gerichtlich erlegt wird, ist die Execution auf Antrag bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde aufzuschieben.

Artikel XXIV.

Hat sich das Schiedsgericht rechtskräftig für unzuständig erklärt, oder die Klage auf Grund des Artikels XIV, vorletzter Absatz, rechtskräftig zurückgewiesen, so kann das ordentliche Gericht die Verhandlung und Entscheidung dieser Rechtssache nicht ablehnen.

Artikel XXV.

Wenn der Schiedsspruch gegen zwingende Rechtsvorschriften verstößt, ferner wenn das Schiedsgericht in Streitigkeiten, die nicht aus Börsengeschäften (§ 12 des Gesetzes vom 1. April 1875, R.-G.-Bl. Nr. 67) herrühren, über die Einwendung, dass dem eingeklagten Anspruche ein als Spiel oder Wette zu beurtheilendes Differenzgeschäft zugrunde liege, überhaupt nicht oder unrichtig entschieden hat, kann das schiedsrichterliche Erkenntnis mittels Klage vor dem ordentlichen Richter als unwirksam angefochten und das kraft des Erkenntnisses Geleistete zurückgefordert werden.

Digitized by Google

Diese Klage ist binnen dreißig Tagen nach Zustellung des schiedsgerichtlichen Erkenntnisses beim Gerichtshof erster Instanz (Handelsgericht), in dessen Sprengel das Schiedsgericht seinen Sitz hat, zu erheben. Durch die Erhebung derselben wird die Execution des schiedsgerichtlichen Erkenntnisses nicht gehemmt, jedoch findet die Bestimmung des Artikels XXIII, Absatz 3, auch hier Anwendung.

Artikel XXVI.

In allen Angelegenheiten, welche das Börsenschiedsgericht betreffen, hat sich die Börsenleitung an das Finanzministerium zu wenden, welches im Einvernehmen mit dem Justiz- und Handelsministerium und nach Lage der Sache auch im Einvernehmen mit dem Ackerbauministerium entscheidet.

Das Justizministerium kann jederzeit durch einen Delegierten von der Rechtssprechung des Schiedsgerichtes Kenntnis nehmen, die Acten einsehen und sich vom ordnungsmäßigen Gang der Geschäfte überzeugen. Zu diesem Zwecke ist in das Statut auch die Bestimmung aufzunehmen, dass die Börsenschiedsgerichte dem Justizministerium alljährlich genaue statistische Ausweise über ihre Geschäftsthätigkeit vorzulegen haben.

Durch vorstehende Bestimmungen werden im übrigen die gesetzlichen Vorschriften über die staatliche Börsenaufsicht nicht berührt.

Artikel XXVII.

Die dermalen in Geltung stehenden Börsenstatuten sind, soweit sie sich auf Schiedsgerichte beziehen, im Sinne der vorstehenden Bestimmungen abzuändern und binnen drei Monaten nach Kundmachung dieses Gesetzes zur Genehmigung vorzulegen.

Bestimmungen über Schiedsgerichte in neuen Börsenstatuten bedürfen der Genehmigung der im Artikel XXVI, Absatz 1, bezeichneten Ministerien.

Die Bestimmungen der Art. XIII bis XXVII über die Börsenschiedsgerichte sind nach Art. LIV E. G. mit dem 10. Februar 1896 in Kraft getreten. Die nach Art. XIII unberührt gebliebenen Vorschriften des Börsengesetzes vom 1. April 1875, Nr. 67 R.-G.-Bl. bestimmen:

§ 2. Für jede Börse muss auf Grund dieses Gesetzes ein besonderes Statut festgesetzt werden, welches der Genehmigung des Finanz- und des Handelsministeriums bedarf . . .

Das Statut muss insbesondere bestimmen:

Digitized by Google

Z. 7. Die Art der Schlichtung und Entscheidung von Streitigkeiten, die sich auf Börsengeschäfte (§ 12) beziehen.

§ 6. Sofern durch das Statut zur Entscheidung über Streitigkeiten aus Börsengeschäften ein Schiedsgericht bestellt wird, sind im Statut genau festzustellen:

1. Die Art der Zusammensetzung des Schiedsgerichtes;

2. dessen Wirkungskreis und das Verfahren vor demselben;

3. die näheren Normen über die Vollziehung der schiedsgerichtlichen Erkenntnisse innerhalb der bestehenden Gesetze.

Durch das Statut kann bestimmt werden, dass Streitigkeiten aus Börsengeschäften, wenn die Parteien nichts anderes schriftlich vereinbart haben, durch das Schiedsgericht ausgetragen werden müssen.

Berufungen gegen Erkenntnisse der durch das Statut der Börse eingesetzten Schiedsgerichte sind nicht zulässig.

§ 12. Als Börsengeschäfte sind jene Geschäfte anzusehen, die im öffentlichen Börselocale in der festgesetzten Börsezeit über solche Verkehrsgegenstände geschlossen worden sind, welche an der betreffenden Börse gehandelt und notiert werden dürfen.

In Ausführung des Art. XVI wurden mit der Verordnung vom 11. Februar 1896, Nr. 28 R.-G.-Bl., Bestimmungen betreffend die Bestellung von nicht der Börse angehörenden Schiedsrichtern für die Börsenschiedsgerichte getroffen. Weiters trifft die Verordnung vom 14. Februar 1896, Nr. 29 R.-G.-Bl., Bestimmungen über die Mitwirkung der staatlichen Gerichte bei der Zustellung, Beweisaufnahme und das Verfahren über die Nichtigkeitsbeschwerde und Nichtigkeitsklage gegen Entscheidungen der Börsenschiedsgerichte. Hierüber ist das Werk von Dr. Alexander Horowitz über das Verfahren vor den Börsenschiedsgerichten in Oesterreich (Wien, Manz, 1896) zu vergleichen.

Artikel XXVIII.

In dem bisherigen Umfange wirksam bleibt das Gesetz vom 27. April 1873, R.-G.-Bl. Nr. 67, betreffend das Mahnverfahren, mit dem folgenden Abweichungen:

1. Zur Erlassung des bedingten Zahlungsbefehles sind auch die Bezirksgerichte in Handels- und Seesachen zuständig.

2. Für die Zustellung des bedingten Zahlungsbefehles an den Schuldner (§ 7, Abs. 2 des Gesetzes vom 27. April 1873, R.-G.-Bl. Nr. 67) haben die in der Civilprocessordnung für die Zustellung von Klagen erlassenen Vorschriften zu gelten.

Digitized by Google

3. Die Frist für das Ansuchen um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung des Widerspruches (§ 14 des citierten Gesetzes) wird auf vierzehn Tage verlängert.

4. Die Bestimmung des § 20 des citierten Gesetzes über die Competenz der Bagatellgerichte für Handelssachen wird aufgehoben.

Siehe dieses Gesetz auf S. 884 ff. dieses Werkes.

Artikel XXIX.

Als Inland im Sinne der Civilprocessordnung gilt das Gebiet der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder. Personen, welche in diesem Gebiete das Staatsbürgerrecht nicht genießen, sind in Bezug auf die Vorschriften der Civilprocessordnung als Ausländer anzusehen.

Ungarische Staatsangehörige, welche dem stehenden Heere oder der Kriegsmarine angehören oder bei Behörden der gemeinsamen Angelegenheiten angestellt sind und bei einem inländischen Gerichte als Kläger auftreten, sind von der Sicherheitsleistung für die Processkosten befreit.

Als Ausländer gelten sohin auch Angehörige der Länder der ungarischen Krone und Bosniens und der Herzegowina.

Die Bestimmung des Art. XXIX gilt auch für das Einführungsgesetz (Art. XIV, XXXV).

Artikel XXX.

Insoferne sich die Civilprocessordnung auf die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes beruft, sind darunter nicht nur die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, sondern auch jene des Handelsrechtes und der Wechselordnung und die in anderen Gesetzen enthaltenen Normen des Privatrechtes zu verstehen.

Nicht nur die Civilprocessordnung, sondern auch die Jurisdictionsnorm und die Einführungsgesetze zur Jurisdictionsnorm und zur Civilprocessordnung berufen sich auf Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes. Ueberall wo sich in den Civilprocessgesetzen auf diese Bestimmungen berufen wird, ist darunter das materielle Civilrecht als die Quelle des verfolgbaren subjectiven Rechtes gemeint, ohne Unterschied, ob sich dasselbe in den Civilgesetzbüchern oder in anderen Gesetzen oder in der Civilprocessordnung selbst vorfindet.

Artikel XXXI.

Die nach dem bürgerlichen Rechte einer Partei, die von der Gewährleistung Gebrauch machen will, obliegende Verpflichtung, die Vertretungsleistung zu begehren, ist als Verpflichtung

Digitized by Google

zur Streitverkündigung anzusehen. Die Unterlassung der Streitverkündigung ist mit den nach dem bürgerlichen Rechte an das unterlassene Begehren um Vertretungsleistung geknüpften Rechtsfolgen verbunden.

An die Stelle des nach den Vorschriften der Gerichtsordnungen (allgemeine Gerichtsordnung § 58 ff.) mittels Klage geltend zu machenden Vertretungsbegehrens tritt in Hinkunft die in jeder Lage des Processes zulässige Streitverkündigung (§ 21 C. P. O.). Es ist demnach die im § 931 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches einer Partei, welche von der Gewährleistung Gebrauch machen will, auferlegte Verpflichtung, die Vertretungsleistung zu begehren, in Hinkunft anzusehen als Verpflichtung zur Streitverkündigung, mit deren Unterlassung jene Rechtsfolgen verbunden sind, welche sich an das unterlassene Begehren um Vertretungsleistung knüpfen (Regierungsmotive, S. 13). Die Streitverkündigung ist weiter vorgeschrieben im Art. 80 W. O. zur Unterbrechung der Wechselverjährung, im Art. 50 des internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. October 1890, Nr. 186 R.-G.-Bl. f. 1892, im § 22, Ges. v. 12. Juli 1872, Nr. 112 R.-G.-Bl., über den Syndicatsprocess, im Art. XXVIII, E. G. zur E. O., im § 310 E. O. u. s. w.

Artikel XXXII.

Die Bestimmungen der Civilprocessordnung über Advocaten und deren Stellvertreter sind sinngemäß auch auf die Finanzprocuraturen anzuwenden.

Nach § 49 kann der Advocat zum Ersatze der durch grobes Verschulden verursachten Kosten verfällt werden; nach § 83 steht es dem Advocaten frei, die Mittheilung der Urschriften von Urkunden von Hand zu Hand vorzunehmen; für beleidigende Ausfälle in Schriftsätzen kann der Advocat gemäß § 86 zu einer Ordnungsstrafe verfällt werden. Zustellungen können nach §§ 112, 113 zwischen Advocaten von Hand zu Hand erfolgen; für grobes Verschulden zum Zwecke der Verschleppung des Processes ist der Advocat nach § 179 zu strafen, desgleichen für Störungen der Verhandlung nach § 200; Widersprüche gegen den Protokollsinhalt können nach §§ 212, 265 von Advocaten durch Niederschriften erfolgen; die Höhe der Ordnungsstrafe beträgt für Advocaten 100 fl. Wie nun durch § 27, Abs. 3 die Vertretungsbefugnis der Finanzprocuratur im Anwaltsprocesse gewahrt ist, sollen auch nach der anderen Seite die Finanzprocuratur und deren im einzelnen Falle abgeordneten Organe im gerichtlichen Verfahren den Advocaten

Digitized by Google

gleichgestellt werden (Regierungsmotive, (S. 13). Dagegen genießen die Beamten der Finanzprocuratur nicht die persönlichen Vorrechte der Advocaten betreffs der Befreiung vom Anwaltszwange (§ 28) und betreffs des Zutrittes zu geheimen Verhandlungen (§ 174).

Artikel XXXIII.

Der für eine arme Partei gemäß § 64, Z. 3 C. P. O. bestellte Advocat kann, wenn die ihm übertragene Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung muthwillig oder aussichtslos erscheint, beim Processgerichte erster Instanz um seine Enthebung von der Vertretung ansuchen. Das Gericht entscheidet hierüber nach Anhörung der armen Partei durch Beschluss. Die arme Partei kann einen Recurs gegen diesen Beschluss auch bei Gerichtshöfen mündlich zu Protokoll anbringen.

Soferne in der fraglichen Rechtssache die Vertretung durch Advocaten durch das Gesetz geboten ist, erlischt mit rechtskräftiger Bewilligung der Enthebung auch das gewährte Armenrecht.

Zu vergleichen die Anmerkung bei § 66.

Die Ansicht Schauers (S. 201), dass dem Recurse nach § 522 vom ersten Richter stattgegeben werden könne, dürfte sich nicht begründen lassen, weil im § 522 nur von der Gewährung oder Entziehung des Armenrechtes die Rede ist, hier aber die Erlöschung des Armenrechtes erst die nothwendige Folge der rechtskräftigen Bewilligung der Enthebung des Armenvertreters sein soll. (A. M. Neumann Commentar zu den Civilprocessgesetzen, S. 68).

Artikel XXXIV.

Die Bestimmung der Zehr- und Ganggelder und der Zustellungsgebüren, sowie die Regelung des Verfahrens bei Vorschreibung und Einhebung derselben hat im Verordnungswege zu erfolgen; bis zur Erlassung neuer Vorschriften bleiben die zur Zeit darüber bestehenden Anordnungen in Geltung.

Die betreffenden Vorschriften siehe bei § 40, S. 72 ff. dieses Werkes. Durch die M. V. v. 28. März 1883, Z. 5275 ai. 1882 wurde den Gerichtshofpräsidien eine Directive über die Vertheilung der Zustellungsgebüren gegeben und für die Jahresgeschäftsausweise die Einstellung der Summe der eingehobenen Zustellungsgebüren, sowie deren Verwendung und Vertheilung angeordnet.

Die Verordnung vom 3. April 1892, Nr. 67 R.-G.-Bl., regelt die Gebüren der Beamten, Diurnisten und Diener bei den Gerichts- und staatsanwaltschaftlichen Behörden in Wien.

Digitized by Google

Artikel XXXV.

Für den Verkehr der Gerichte mit den im Auslande befindlichen Behörden und Parteien sind die in den bestehenden und in Hinkunft zu erlassenden Anordnungen (Staatsverträge, Regierungserklärungen, Ministerialverordnungen) enthaltenen näheren Bestimmungen maßgebend.

Siehe die diesbezüglichen Vorschriften bei § 121. Zu denselben ist noch nachzutragen:

Brasilien. Hinsichtlich der Art, wie die Ersuchschreiben auswärtiger Gerichte und Behörden in Brasilien erledigt werden, ist, insoferne nicht Requisitionen um Urtheilsvollstreckungen in Frage kommen, durch das brasilianische Gerichtsverfassungsgesetz vom 20. November 1894, Nr. 221 eine Aenderung gegenüber dem bisherigen Rechtszustande nur insoweit eingetreten, dass auswärtige Rogartorien fortan des jedesmaligen Exequatur des Bundesregierung bedürfen, um in Brasilien in Vollzug gesetzt werden zu können. Bezüglich der hierlands zu beobachtenden Förmlichkeiten für gerichtliche Ersuchschreiben hat sich keine Aenderung ergeben, es bleibt daher bei den diesbezüglichen früheren Bestimmungen, wonach alle nach Brasilien gerichteten Ersuchschreiben mit portugiesischen Uebersetzungen zu versehen, von einer brasilianischen Vertretungsbehörde hierlands zu legalisieren und im diplomatischen Wege zu befördern sind (J. M. E. v. 22. Juli 1896, Z. 11034, V. Bl. 25). Diejenigen k. k. Gerichte eines Oberlandesgerichtssprengels, welchen in diesem Sprengel ein Dolmetsch für die portugiesische Sprache nicht zu Gebote steht, werden aufmerksam gemacht, dass im Sprengel des Wiener Landesgerichtes ein Gerichtsdolmetsch für die portugiesische Sprache bestellt ist. — Sollte dennoch die Beistellung der Uebersetzung ausnahmsweise nicht thunlich sein, so ist im Vorlageberichte anzugeben, weshalb es unthunlich war, und ist um die Vermittlung der Uebersetzung durch die k. u. k. Gesandtschaft in Brasilien gegen nachträgliche Berichtigung der Kosten ausdrücklich anzusuchen (M. V. v. 17. April 1886, V. Bl. Nr. 15).

Bulgarien. Handelt es sich um österreichische oder ungarische Staatsangehörige, so tritt die Competenz der k. u. k. Consulate ein, an die sich die Gerichte daher unmittelbar zu wenden haben (portofrei nach der M. V. v. 24. December 1884, Nr. 1 V. Bl. v. 1885).

Handelt es sich um Bulgaren, so hat die Vermittlung im diplomatischen Wege zu geschehen. Daher sind Rogartorien im vorgeschriebenen Dienstwege dem Justizministerium vorzu-

Digitized by Google

legen; selbe bedürfen der Legalisierung und es sind den Ersuchschreiben sowohl als deren Beilagen bulgarische Uebersetzungen beizuschließen, beziehungsweise mit der Vorlage an das Justizministerium ist die Bitte zu verbinden, dass solche auf Kosten der ansuchenden Behörde in Bulgarien beigestellt werden. Auch die Vornahme der Zustellungen ist im diplomatischen Wege zu veranlassen. Jeder Zustellungsact muss mit bulgarischer Uebersetzung versehen werden; der Beigabe eines eigenen Ersuchschreibens bedarf es nicht; die Vorlage hat nach Maßgabe der J. M. V. v. 25. Jänner 1890, Nr. 4 V. Bl., zu erfolgen.

Handelt es sich um Angehörige eines dritten Staates, so ist nach derselben Regel vorzugehen, die für den Rechtshilfeverkehr mit jenem Staate vorgeschrieben ist.

Liegt kein Umstand vor, der einen Schluss auf die Staatsangehörigkeit jener Person, auf die sich der begehrte Rechtshilfeact bezieht, gestatten würde, und kann der Zweifel von dem betreffenden Gerichte auch nicht durch Vernehmung der am Rechtshilfeacte interessierten inländischen Partei behoben werden, so hat das Gericht im vorgeschriebenen Dienstwege, unter Darlegung der obwaltenden Umstände, dem Justizministerium Bericht zu erstatten, das durch die k. u. k. diplomatische Agentie in Sofia die weiteren Einleitungen nach Maßgabe der Staatsbürgerschaft der betreffenden Person einleiten wird.

Die in Bulgarien bestehenden königl. italienischen Consulate unterstehen dem Appellgerichtshofe in Ancona (J. M. E. v. 19. September 1896, Nr. 32 V. Bl.).

Frankreich. Handelt es sich um wichtigere Acte der Rechtspflege, namentlich um die Einleitung von Untersuchungen, Aufnahme von rechtsverbindlichen Erklärungen, Verhören, Eiden und Verhandlungen über die Anerkennung von Urkunden, so können die französischen Gerichte unmittelbar angegangen werden, doch müssen die Zuschriften den ämtlichen Charakter des ausfertigenden Beamten, die Bezeichnung der Behörde, die Thatsache, welche sie veranlasst und den beabsichtigten Zweck enthalten und zur Beseitigung des Zweifels über die Competenz des Gerichtes von dem Oberlandesgerichte und dem Justizministerium legalisiert sein (J. M. V. v. 20. März 1852, Nr. 74 R.-G.-Bl. und vom 7. October 1854 Nr. 260 R.-G.-Bl.).

England. Eine Zeugenvernehmung im Requisitionswege ist nicht durchführbar.

Es muss vielmehr, wenn man sich die Aussage eines Zeugen verschaffen will, ein Anwalt bestellt werden, welcher die Vernehmung des Zeugen vor dem betreffenden Richter zu

Digitized by Google

beantragen und durchzuführen hat, was immer mit ziemlichen Kosten verbunden ist.

Die k. u. k. Botschaft in London dürfte keinen Anstand nehmen, die Bestellung eines Anwaltes für den Zeugenführer gegen Leistung eines angemessenen Kostenvorschusses zu veranlassen (M. E. v. 5. November 1866, Z. 10977 und 22. August 1867, Z. 9549). Wenn der zu Beeidigende österreichischer Staatsangehöriger ist und beide Theile damit einverstanden sind, so kann die Eidesabnahme und Vernehmung durch das k. u. k. Generalconsulat in London erfolgen.

In diesem Falle muss aber die gerichtliche Requisition ausdrücklich dahin gestellt sein, dass, wenn der zum Richteramte befähigte Kanzleidirector nicht selbst in der Lage wäre, den Eid abzunehmen, der Gerent der Kanzleidirection des Londoner Consulates dazu delegiert werden könne, und es ist auch eine genaue Instruction über den bei Abnahme des Eides zu beobachtenden Vorgang aufzunehmen (J. M. E. v. 10. September 1870, Z. 10722).

Für Zeugeneinvernahmen in England ist nur der Oberste Gerichtshof „the Supreme Court of Iudicature, Common Law Division" und nicht ein Localgerichtshof competent (V. Bl. 1886, S. 191). Zeugeneinvernahmen in Schottland vermitteln die Consulate (V. Bl. 1888, S. 69).

Italien. Zwischen den österreichischen Gerichten und den italienischen Gerichtsbehörden findet die unmittelbare Correspondenz sowohl in Civil- und Handelssachen, als in Strafsachen in Betreff aller Ansuchen statt, welche Vorladungen, Erhebungen, Zustellungen gerichtlicher Actenstücke, Verhöre, Abnahme von Eiden, Entgegennahme von Erklärungen, Vernehmung von Zeugen, Befunde von Sachverständigen oder andere Acte des Instructionsverfahrens zum Gegenstande haben. – Solche Ansuchen sind von dem Obergerichte (Corte de Appello), welchem das ersuchende Gericht untersteht, an jenes Obergericht zu leiten, welches zur Veranlassung ihrer Ausführung berufen ist. — Dieses Obergericht wird deren Vollzug anordnen und die bezüglichen Acten an jenes Obergericht zurückleiten, von dem das Ansuchen gestellt wurde. — Die k. k. österreichischen Obergerichte werden sich in allen Ersuch- oder Antwortschreiben entweder der deutschen oder der italienischen Sprache bedienen. — Für die Correspondenz der Gerichte im Sprengel der Obergerichte in Triest, Innsbruck und Zara mit den Gerichten der Obergerichtssprengel Mailand, Brescia und Venedig wird die weitere Erleichterung beibehalten, dass diese Gerichte direct

Digitized by Google

correspondieren können, wenn sie sich der italienischen Sprache bedienen (J. M. E. v. 29. November 1872, Z. 15025).

Nicht anwendbar auf den Vatican.

Verzeichnis der italienischen Gerichtsbehörden M. V. v. 26. September 1885, Nr. 64 V. Bl.

Die Handelsgerichte sind in Italien aufgehoben, deren Agenden versehen die tribunali civili e correzionali (M. V. v. 2. Februar 1888, Z. 2210). Zustellungen in Italien erfolgen kostenfrei (M. V. Bl. 1886, S. 110).

Montenegro. Die Gerichtsbehörden in Dalmatien haben den k. u. k. diplomatischen Vertreter in Cetinje um die Vermittlung der Correspondenz mit der fürstlichen Regierung in Montenegro zu ersuchen, diese Correspondenz in slavischer Sprache und in solcher Form zu führen, dass die k. u. k. diplomatische Mission sich auf die bloße Uebermittlung beschränken könne (M. E. v. 4. August 1879, Z. 11685).

Rumänien. Rogatorien bedürfen des Beischlusses einer rumänischen Uebersetzung und der Legalisierung und sind dem J. M. regelmäßig im Wege des vorgesetzten Oberlandesgerichtes vorzulegen, nur den Gerichtshöfen erster Instanz in Wien ist die directe Vorlage an das J. M. gestattet (M. V. v. 13. September 1894, Nr. 33 V. Bl.).

Russland. Jede Requisition eines ausländischen Gerichtes muss im Namen dieses Gerichtes in der Form eines richterlichen Erkenntnisses oder Amtsschreibens abgefasst sein und eine vollständige und genaue Darstellung alles dessen enthalten, was auf das Verlangen des Gerichtes Bezug hat. Wenn es sich demnach darum handelt, im gerichtlichen Wege Vernehmungen oder insbesondere Zeugenaussagen unter eidlicher Bekräftigung aufzunehmen, ist es unbedingt nothwendig, die betreffende Angelegenheit zu bezeichnen und anzugeben, ob die Aussage in der Eigenschaft als Kläger, als Geklagter oder als Zeuge gemacht werden soll; die Individuen selbst sollen genau bezeichnet werden, damit kein Zweifel über deren Identität mit den vorgeladenen Personen bestehen könne. Die Requisition des auswärtigen Gerichtes soll überdies mit einem Certificate des Inhaltes versehen sein, dass diese Requisition in Vollzug gesetzt werden solle. Zufolge des allgemeinen Reglements für die gerichtlichen Behörden sollen die Requisitionen auswärtiger Gerichte von einer russischen Uebersetzung begleitet sein. Es ist zu bemerken, dass die Adressen der von den Gerichten vorzuladenden Personen genau anzugeben sind, indem jede

Digitized by Google

Ungenauigkeit Verzögerungen und sogar die Unmöglichkeit, dem Ersuchen zu entsprechen, herbeiführen kann. Wo es den Gerichten unmöglich sein sollte, den Requisitionen eine russische Uebersetzung beizulegen, ist bei deren Vorlage das Ersuchen zu stellen, dass die Uebersetzung von der Gesandtschaft besorgt und beigeschlossen werde (J. M. E. v. 6. Mai 1868, Z. 5003 und vom 6. August 1880, Z. 11293).

Zustellungen, welche innerhalb einer festgesetzten Frist in die Hände des Adressaten gelangen sollen, müssen wenigstens drei Monate früher an die k. u. k. Botschaft gelangen. — Es müssen ferner bei Zustellungen außer der sehr deutlich und correct zu schreibenden Domicilangabe auch noch stets District und Gouvernement beigesetzt werden. — Weiters sind derlei Zustellungen nicht mittelst Collectivlisten zu bewerkstelligen, sondern immer in einzelnen Parien auszufertigen und wird bemerkt, dass zur Einleitung solcher Zustellungen in der Regel keine besondere Zuschrift erforderlich ist, sondern dass die betreffenden zuzustellenden Acte, welchen, wenn sie nicht ohnehin in deutscher Sprache ausgefertigt sind, eine deutsche Uebersetzung beizulegen ist, unter Anschluss des Empfangscheines, welchem unter gleicher Voraussetzung eine deutsche Uebersetzung beizulegen ist, auf dem Wege des vorgesetzten Oberlandesgerichtes dem k. k. Justizministerium zur weiteren Einbegleitung vorzulegen sind. Die Requisitionsschreiben an kaiserlich russische Behörden sind stets zu legalisieren (J. M. E. v. 19. November 1879, Z. 17301).

Wenn es sich um die Beantwortung einer von einem kais. russischen Gerichte an ein österreichisches Gericht gestellten Requisition oder um einen auch ohne Requisition zu leistenden Act der Rechtshilfe, wie z. B. Mittheilung der Todfallsacten über einen hier verstorbenen russischen Staatsangehörigen oder der Acten über die Erhebung des Geisteszustandes eines russischen Staatsangehörigen handelt, besteht kein Anlass, den bezüglichen Acten russische Uebersetzungen beizugeben. Die Kosten der Uebersetzungen sind in strafgerichtlichen Angelegenheiten und in Rechtssachen der das Armenrecht genießenden Parteien aus den Verlagsgeldern zu bestreiten, in anderen Civilrechtsangelegenheiten aber von der Partei zu tragen (J. M. E. v. 12. Juli 1880, Z. 9179).

Türkei. Wegen des Vollzuges civilgerichtlicher Acte haben sich die österreichischen Gerichte an die k. u. k. Consularämter oder die k. u. k. Agentur des Bezirkes unmittelbar zu wenden (M. V. v. 16. December 1855, Z. 26001 und v. 24. August 1856, Z. 18646).

Digitized by Google

Ungarn. Die k. k. Gerichte haben ihre Zuschriften in Civil- und in Strafrechtsangelegenheiten an die königl. ungarischen Gerichte unmittelbar zu richten und durch die Post zu bestellen. Sollte an der Hand der zur Verfügung stehenden Gerichts- und Ortsverzeichnisse die Adresse des betreffenden königl. ungarischen Gerichtes sich nicht feststellen lassen, so steht es den k. k. Gerichten frei, ihre für königl. ungarische Gerichte bestimmten Zuschriften mit offen gelassener Adresse zur Vermittlung durch das königl. ungarische J. M. unmittelbar dem k. k. J. M. vorzulegen.

Die Zuschriften sind in der Form von Noten auszufertigen; Ersuchen sind niemals bloß in der Erledigung (Bescheid, Rathschlag), sondern immer in abgesondert auszufertigenden Noten auszudrücken.

In der Aufschrift der Note ist das Gericht, an welches dieselbe gerichtet ist, genau zu bezeichnen und der Beisatz aufzunehmen „und an jede andere für die Angelegenheit zuständige Behörde in Ungarn“; auf die genaue und deutliche Schreibung der Eigennamen (Personen- und Ortsnamen), und zwar mit lateinischen Lettern, ist besonders zu achten; der Note ist das Amtssiegel beizudrücken.

Die Noten sind in deutscher Sprache abzufassen und die Beilagen derselben müssen, wenn sie in einer anderen Sprache als der ungarischen oder deutschen abgefasst sind, mit einer deutschen Uebersetzung versehen sein (M. E. v. 25. Juli 1894, Nr. 29 V. Bl.).

Vereinigte Staaten von Nordamerika. Die k. k. Gerichte haben ihre für die Vereinigten Staaten bestimmten Correspondenzen, sowohl in Civil- als auch in Strafrechtsangelegenheiten, regelmäßig dem Justizministerium und zwar, wenn es sich nur um die Zustellung von Geschäftsstücken an Parteien handelt, gemäß der Verordnung vom 25. Jänner 1890, Nr. 4 V. Bl. unmittelbar, sonst aber durch das vorgesetzte Oberlandesgericht zur Weiterbeförderung vorzulegen.

In Fällen, wo es sich um einfache Zustellung oder bloß um Erlangung von Auskünften, dann um solche Verfügungen handelt, die lediglich Parteisachen betreffen, oder sonst nicht von höherem Belange sind, ist es den Gerichten gestattet, ihre Correspondenz auch unmittelbar mittels der Post, jedoch gehörig frankiert, an die k. u. k. Consularämter in Nordamerika oder an die k. u. k. Gesandtschaft in Washington zu senden, soferne die betreffenden Angelegenheiten dringlicher Natur sind.

Digitized by Google

Wird die unmittelbare Inanspruchnahme infolge der Dringlichkeit des Falles erforderlich, so ist zunächst festzustellen, in welchem Consulatssprengel der Ort gelegen ist, an dem sich die begehrte Amtshandlung vollziehen soll. (Eine Uebersicht des Standes und der Amtsbezirkseintheilung der k. u. k. Consularämter im Auslande wird alljährlich in der „Wiener Zeitung" kundgemacht; einzelne Abdrücke sind um den Preis von 20 kr. von der k. k. Hof- und Staatsdruckerei zu beziehen).

Hiebei ist zu berücksichtigen, dass in den Vereinigten Staaten sehr oft gleichnamige Orte vorkommen, weshalb nebst dem Ortsnamen auch der Name des Staates und der Grafschaft (County), wo der Ort gelegen ist, zu beachten ist.

Das für die Erledigung in Betracht kommende Consularamt kann entweder ein Honorar-Consulat oder ein solches sein, an dessen Spitze ein effectiver Staatsbeamter steht.

(Gegenwärtig sind effective Consularämter das k. u. k. General-Consulat in New-York, dann die Consulate in Pittsburg und Chicago. Dem Honorar-Consulate in Philadelphia ist zur Besorgung der administrativen Amtsgeschäfte ständig ein effectiver Functionär zugetheilt; selbes ist daher für den Verkehr der Gerichte ebenfalls als ein effectives anzusehen).

Nur im letzteren Falle ist die gerichtliche Zuschrift unmittelbar an das Consularamt einzusenden.

Wenn es sich um den Sprengel eines Honorar-Consulates handelt, dann in allen Fällen, wo die Ermittlung des zuständigen Consularamtes irgendwelche Schwierigkeiten bereitet, ist die Vermittlung der k. u. k. Gesandtschaft in Washington in Anspruch zu nehmen (M. V. v. 31. Jänner 1897, Nr. 4 V. Bl.).

Ueber Zeugeneinvernahmen vergl. M. V. v. 21. März 1890, Nr. 13 V. Bl. und die Mittheilungen im V. Bl. 1885, S. 216, 1886, S. 184, 1887, S. 30, 1890, S. 5, 1894, S. 178, 1895, S. 105).

Stempelbehandlung. Ersuchschreiben an ausländische Behörden sind die im Inlande zu derlei Amtshandlungen erforderlichen Stempel nicht beizulegen. Die Erfüllung der Stempelpflicht kann in solchen Fällen nach Einlangen des bezüglichen vom ausländischen Gerichte vorgenommenen Actes nach den Bestimmungen des § 22 d G. G. stattfinden (J. M. E. v. 19. October 1875, Z. 13147).

Portobehandlung. Die Zuschriften müssen, wenn sie durch die Post befördert werden sollen, gehörig frankiert werden. Nur Sendungen an die k. u. k. Mission und die Consularämter in Rumänien und an jenen Orten der Türkei, in welchen

Digitized by Google

k. u. k. Postämter bestehen, dann an die k. u. k. Consularämter in Egypten brauchen nicht frankiert zu werden (J. M. E. vom 5. Mai 1873, Z. 5648). Amtsschreiben, welche von Deutschland, Belgien, Dänemark, Egypten, Spanien, Nordamerika, Großbritannien, Griechenland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Schweden, Portugal, Rumänien, Russland, der Schweiz, Serbien und der Türkei unfrankiert einlangen, sind von den betreffenden Gerichten anzunehmen. Das entfallende Postporto ist einstweilen aus den Verlagsgeldern vorzuschießen, sohin von den Zahlungspflichtigen einzubringen und im Falle der Uneinbringlichkeit die absendende Behörde um den Ersatz anzugehen. Weigert sich die ausländische Behörde, den Ersatz zu leisten, so ist hierüber zur weiteren Veranlassung die Anzeige an das Justizministerium im Wege des Oberlandesgerichtes zu erstatten (J. M. E. v. 12. April, 1876, Z. 4651).

Kostenfreie Erledigung.

In Preussen laut J. H. D. v. 13. September 1844, Nr. 828 J. G. S., wonach, wenn die zahlungspflichtige Partei kein hinreichendes Vermögen hat, alle Gebüren für die Arbeiten der requirierten Behörde wegfallen und das requirierende Gericht nur die unvermeidlichen baren Auslagen für Atzung, Transport, Porto, Copialien, Reise- und Zehrungskosten der Richter und Zeugen zu ersetzen hat.

Für Bayern bestimmt die J. M. V. v. 4. Jänner 1852, Nr. 37 R.-G.-Bl. die sportel- und gebürenfreie Erledigung der Requisitionen, wenn die zahlungspflichtige Partei ein hinreichendes Vermögen nicht besitzt.

Für Sachsen bestimmt die J. M. V. v. 7. November 1857, Nr. 225 R.-G.-Bl., dass Requisitionen, welche von den beiderseitigen Gerichtsbehörden in bürgerlichen Rechtssachen unvermögender Personen ergehen, sobald die Sache als Armensache bezeichnet oder sonst von der requirierenden Behörde das Unvermögen der zahlungspflichtigen Betheiligten bezeugt ist, völlig kostenfrei erledigt werden. Diese Uebereinkunft findet jedoch gemäß J. M. V. v. 9. November 1860, Nr. 258 R.-G.-Bl., auf Requisitionen in Concurssachen keine Anwendung.

Dieselben Bestimmungen trifft die M. V. v. 11. Juli 1866, Nr. 150 R.-G.-Bl., für Schwarzburg-Sondershausen.

Artikel XXXVI.

Die Vorschriften der Civilprocessordnung über die Gerichtsferien finden keine Anwendung auf die Angelegenheiten des

Digitized by Google

strafgerichtlichen Verfahrens, auf das Concursverfahren, sowie auf die Erledigung von Grundbuchssachen. Andere Angelegenheiten des außerstreitigen Verfahrens sind als Ferialsachen zu behandeln, wenn durch die Verzögerung einer Verfügung Nachtheil für eine Partei entstehen könnte.

Die Vorschriften über die Gerichtsferien sind in den §§ 222—225 C. P. O. enthalten. Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit außer Streitsachen als Ferialsachen zu erklären, ist der Vorsteher des Gerichtes oder der Vorsitzende des ständigen Senates berufen, in dem über die Rechtssache Beschluss zu fassen ist (§ 86, Ger.-Verf.-Ges.). Dieselbe Befugnis steht nach § 47, Gesch.-O. dem Stellvertreter des Senatsvorsitzenden (§ 32, G. O. G.), dem Vicepräsidenten und dem gegebenenfalls zur Vertretung des Bezirksgerichtsvorstehers berufenen Einzelrichter zu.

Artikel XXXVII.

Die dem Besitzer einer unbeweglichen Sache oder eines dinglichen Rechtes gemäß §§ 340 bis 342 a. b. G. B. zustehende Berechtigung, das Verbot einer beabsichtigten Bauführung vor Gericht zu fordern, hat nicht mehr statt, wenn der Bauführer nach Inhalt der für die Bauführungen geltenden Vorschriften das Begehren um Ertheilung der Baubewilligung gestellt hat, der angeblich gefährdete, zur Baucommission gehörig und rechtzeitig geladene Besitzer jedoch bei derselben nicht erschienen ist oder gegen die begehrte Baubewilligung keine Einwendungen erhoben hat.

Zu vergleichen die Bemerkungen bei § 456 C. P. O.

Artikel XXXVIII.

An die Stelle der im Hofdecrete vom 6. März 1789, J. G. S. Nr. 984, im Patente vom 31. December 1800, J. G. S. Nr. 514, und im Patente vom 16. Jänner 1786, J. G. S. Nr. 516, zugelassenen Aufforderungsklage hat die Klage nach § 228 C. P. O. zu treten; der Nachweis eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses ist in diesem Falle nicht erforderlich.

Der Richter und im Verfahren vor Gerichtshöfen der Vorsitzende können in solchen Processen auf Antrag des Klägers oder von amtswegen verfügen, dass der Beklagte in seinem Besitz befindliche, den Gegenstand des Rechtsstreites betreffende Urkunden und Acten vorlege. — Sie können außerdem auf Antrag des Klägers oder von amtswegen die Herbeischaffung der den Gegenstand des Rechtsstreites betreffenden, bei einer öffentlichen Behörde oder bei einem Notar verwahrten Urkunden veranlassen.

Vergleiche Anm. 1 bei § 228.

Digitized by Google

Zur Ausgleichung der für den Feststellungskläger vorhandenen Beweisschwierigkeiten soll es die Pflicht des Gerichtes sein, der Partei im Feststellungsprocesse bei der Beschaffung der Beweise besonders an die Hand zu gehen. Naturgemäß ist in solchen Processen der Urkundenbeweis von ausschlaggebender Bedeutung. Es wird mitunter der Kläger wegen seiner geringeren Kenntnis des Verwaltungsapparates den nach § 303 der C. P. O. erforderlichen Editionsantrag unterlassen oder doch nicht in der Lage sein, die Urkunde näher zu bezeichnen. Deshalb ist es nothwendig, dem Richter, und bei Gerichtshöfen dem Vorsitzenden, die Ermächtigung zu geben, auch von amtswegen zu verfügen, dass der Beklagte in seinem Besitze befindliche Urkunden und Acten vorlege. Desgleichen ist es zur Erleichterung der Beweisführung des Klägers nothwendig, dem Richter die Befugnis einzuräumen, von amtswegen und ohne dass die Voraussetzung des § 183, Z. 3 C. P. O. vorliegt, die Herbeischaffung der den Gegenstand des Rechtsstreites betreffenden, bei einer öffentlichen Behörde oder bei einem Notar verwahrten Urkunden zu veranlassen. Selbstverständlich bleiben aber die in den §§ 304, 305 fixierten Grenzen der Editionspflicht auch in diesem Falle bestehen (Regierungsmotive, S. 16).

Artikel XXXIX.

Im Falle des § 48, Abs. 2, des allgemeinen Grundbuchsgesetzes kann der Eigenthümer einer Liegenschaft oder eines bücherlichen Rechtes auf Feststellung des Nichtsbestehens des vorgemerkt gewesenen Rechtes klagen und im Falle eines günstigen Erkenntnisses durch Anmerkung desselben im Grundbuche einer wiederholten Bewilligung der Vormerkung vorbeugen.

Vergleiche Anm. 1 bei § 228

Artikel XL.

Wenn nach den Vorschriften der Civilprocessordnung ein Eid abzulegen ist, so sind bei der Vornahme der Beeidigung die Bestimmungen des Gesetzes vom 3. Mai 1868, R.-G.-Bl. Nr. 33, zu beachten.

Die Civilprocessordnung handelt von Eiden im § 60 (Paupertätseid), § 205 (verglichener Eid), § 280 (Eid des Stenographen), § 336 ff. (Zeugeneid), § 358 (Sachverständigeneid), § 377 ff. (eidliche Parteieneinvernahme). Das Einführungsgesetz trifft im Art. XLII Bestimmungen über den Manifestationseid. Die Bestimmungen des Gesetzes vom 3. Mai 1868 und der

Digitized by Google

bezüglich der Eidesleistung bestehenden Vorschriften sind an den einschlägigen Stellen, insbesondere auf S. 507 ff. angeführt.

Artikel XLI.

Vormünder und Curatoren können in den Processen ihrer Mündel und Pflegebefohlenen die Beweisführung durch Vernehmung der Parteien beantragen, ohne hiezu der Einwilligung des vormundschaftlichen oder Curatelsgerichtes zu bedürfen.

Dagegen bleibt die Vorschrift des § 233 a. b. G. B. betreffend die pflegschaftsbehördliche Genehmigung von Vergleichen, also auch von Vergleichen auf einen Eid (§ 205 C. P. O.) aufrecht.

Artikel XLII.

Wer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes ein Vermögen oder Schulden anzugeben verpflichtet ist, oder wer von der Verschweigung oder Verheimlichung eines Vermögens vermuthlich Kenntnis hat, kann mittels Urtheiles dazu verhalten werden, allenfalls unter Vorlage eines Verzeichnisses des Vermögens oder der Schulden anzugeben, was ihm von diesem Vermögen, von den Schulden oder von der Verschweigung oder Verheimlichung des Vermögens bekannt ist, und einen Eid dahin zu leisten, dass seine Angaben richtig und vollständig sind.

Zur Klage ist befugt, wer ein privatrechtliches Interesse an der Ermittlung des Vermögens oder des Schuldenstandes hat.

Wenn mit der Klage auf eidliche Angabe des Vermögens die Klage auf Herausgabe desjenigen verbunden wird, was der Beklagte aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse schuldet, so kann die bestimmte Angabe der Leistungen, welche der Kläger beansprucht, vorbehalten werden, bis die eidliche Angabe über das Vermögen gemacht ist.

1. Die Gerichtsordnungen geben demjenigen, welcher an der Kenntnis eines bestimmten Vermögensstandes ein rechtlich begründetes Interesse hat, die Befugnis, mittels Klage auf eidliche Vermögensangabe zu dringen.

Ein Theil der hierunter begriffenen Fälle ist durch besondere Bestimmungen der Concursordnung (§§ 96, 97, 99 ff.) und der Executionsordnung (§§ 47 bis 49) abweichend geregelt worden (Regierungsmotive, S. 17).

Für die übrigen Fälle wird der Weg der Klage beibehalten, für welche die allgemeinen Vorschriften (§ 226) gelten. Zur Klage berechtigt ist derjenige, der ein privatrechtliches Interesse (§ 228, Anm. 5) an der Ermittlung des Vermögens- oder Schuldenstandes hat. Der Kreis ist nicht enger als im § 228.

Digitized by Google

Der Ausdruck „privatrechtlich“ statt rechtlich wurde vom Ausschusse des Abgeordnetenhauses gewählt. Andere als rein privatrechtlich an der Ermittlung des Vermögens- oder Schuldenstandes interessierte Personen sollen das Rechtsmittel des Manifestationseides nicht anwenden können.

Diese Einschränkung konnte um so eher vorgenommen werden, als überall dort, wo etwa fiscalische oder steuerpolitische Gesichtspunkte die Ermittlung des Vermögens erheischen, nicht bloß durch die geltende Gesetzgebung genügende Handhabe zur Durchführung dieser Ermittlung geboten ist, sondern auch die im Zuge befindliche Steuergesetzgebung die hiefür nothwendigen Mittel unabhängig von den Vorschriften der Civilprocessordnung und des Civilrechtes festsetzt (Motive des Ausschusses, S. 16).

2. Die Klage ist gegen denjenigen zulässig, welcher nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes (Art. XXX) zur Angabe verpflichtet ist, z. B. der Erbschaftsbesitzer (§ 823 a. b. G. B.), der Verwalter fremden Vermögens (§ 1012 a. b. G. B), die geschäftsführenden Gesellschafter bei der Aufhebung des Gesellschaftsverhältnisses (§ 1198 a. b. G. B.) — oder gegen welchen der Verdacht glaubhaft gemacht werden kann, dass er eine Vertuschung selbst vorgenommen hat oder um sie wisse (Regierungsmotive, S. 17). Die Umstände, welche dies wahrscheinlich machen, werden nach § 226 in der Klage anzugeben sein. Ein stricter Beweis derselben dürfte nicht verlangt werden können.

3. Der Eid richtet sich nach den Vorschriften des Gesetzes vom 3. Mai 1868, Nr. 33 R.-G.-Bl. (Art. XL), die Execution nach den Vorschriften der Executionsordnung über die Erzwingung unvertretbarer Handlungen (§ 354 E. O.). Der vom Ausschusse des Abgeordnetenhauses beigefügte Absatz 3 zielt lediglich darauf ab, die Klage auf eidliche Angabe für das Rechtsleben und für die Einbringung von rückständigen Leistungen besser verwendbar zu machen (Motive des Ausschusses, S. 16).

Die Verbindung beider Ansprüche wird nur dann zulässig sein, wenn für beide Begehren dasselbe Gericht zuständig ist (§ 227 C. P. O.); denn bezüglich der Zuständigkeit bedarf es keiner besonderen Bestimmung. Die allgemeinen Competenzvorschriften reichen aus (Regierungsmotive, S. 17). Dieselbe wird nur dann zweckmäßig sein, wenn die zur Begründung des Manifestationsanspruches und des Anspruches auf Herausgabe angeführten Thatsachen und Beweise identisch sind, daher Verhandlung und Beweisaufnahme durch die Verbindung er-

Digitized by Google

leichtert würde. Ist dies nicht der Fall, so kann die Trennung der Verhandlung nach § 188 C. P. O. ausgesprochen werden.

Immer müssen jedoch zwei Urtheile gefällt werden. Das eine über die Verpflichtung zur Ablegung des Manifestationseides und das zweite, nach Ablegung des Manifestationseides, über die Verpflichtung zur Herausgabe, da ja der Klageanspruch diesbezüglich erst nach eidlicher Angabe über das Vermögen formuliert werden soll.

Es wird sohin, sobald die gemeinsam durchgeführte Verhandlung betreffs der eidlichen Angabe spruchreif ist, diesbezüglich das Urtheil zu fällen, in Falle der Stattgebung aber die Verhandlung über den zweiten Theil des Begehrens erst nach Ablegung des Manifestationseides fortzusetzen und sodann das Leistungsurtheil zu fällen sein.

Dr. Neumann (S 100) hält in diesem Falle die Trennung der verbundenen Verhandlung nach § 192 C. P. C. und die Unterbrechung des Verfahrens nach § 190 C. P. O. für nothwendig.

Artikel XLIII.

Die Vorlage einer gemeinschaftlichen Urkunde (§ 304 C. P. O.) kann auch außerhalb eines anhängigen Rechtsstreites im Wege der Klage gefordert werden.

Die von der Herrenhauscommission vorgenommene Einfügung des Art. XLIII dient der Beseitigung des Zweifels, ob die Vorlage einer gemeinsamen Urkunde (§ 304 C. P. O.) nur im Rahmen eines bereits anhängigen Processes begehrt werden könne oder ob diesbezüglich eine allgemeine Editionspflicht bestehe (Motive des Herrenhauses, S. 20).

Artikel XLIV.

In den Fällen der Artikel 348, 365 und 407 des Handelsgesetzes ist das im § 384, Abs. 3 C. P. O. bezeichnete Gericht zuständig. Auf die Ernennung, Beeidigung und Vernehmung der Sachverständigen finden die Vorschriften der Civilprocessordnung über die Sicherung von Beweisen (§§ 384 bis 389) Anwendung.

Nach Art. 348 H. G. B. kann der Käufer einer von einem anderen Orte übersendeten Ware, wenn sich Mängel ergeben, den Zustand der Ware durch Sachverständige feststellen lassen. Der Verkäufer ist in gleicher Weise berechtigt, diese Feststellung zu verlangen. Dasselbe Recht hat nach Art. 365 der Commissionär und nach Art. 407 der Betheiligte, wenn der Frachtführer den bezeichneten Empfänger des Gutes nicht ausmitteln kann, wenn dieser die Annahme des Gutes verweigert, oder wenn Streit über die Annahme oder den Zustand

Digitized by Google

des Gutes entsteht. Diese gerichtliche Expertise über den Zustand von Waren hat den Charakter und den Zweck der Sicherung von Beweisen im Sinne der Civilprocessordnung. Demgemäß sollen, da kein Anlass besteht, hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichtes, der Ernennung, Beeidigung und Vernehmung von Sachverständigen etwas Abweichendes anzuordnen, auch in diesen Fällen die in den §§ 384 bis 389 der Civilprocessordnung enthaltenen Vorschriften Anwendung finden (Regierungsmotive, S. 18). Es tritt sohin die Bestimmung des Art. 48 E. G. zum H. G. B. über die Bestellung der Sachverständigen außer Kraft.

Artikel XLV.

Der Behändigung der Klage steht in Bezug auf die wechselrechtliche Verjährung (Artikel 80 Wechselordnung) die Geltendmachung des Anspruches in der mündlichen Verhandlung (§ 232, Abs. 2 C. P. O.) gleich.

Vergl. § 232, Anm. 2.

Artikel XLVI.

Eine während des Processes oder erst nach dessen Beendigung eingetretene Ersitzung oder Verjährung eines Rechtes kann nicht zum Nachtheile dessen geltend gemacht werden, dem nachträglich die Wiederaufnahme des über dieses Recht geführten Processes bewilligt wird.

Vergl. § 534, Anm. 5.

Die Bestimmung des § 1497 a. b. G. B., dass die Verjährung für ununterbrochen zu halten sei, wenn die Klage durch einen rechtskräftigen Spruch für unstatthaft erklärt worden ist, soll dann nicht gelten, wenn in einem solchen Falle infolge einer Wiederaufnahmsklage die Wiederaufnahme bewilligt wurde, da hiedurch der Erfolg der Wiederaufnahme vereitelt würde.

Hinsichtlich der wechselrechtlichen Verjährung bleibt die Vorschrift des § 556 unberührt (Motive, S. 19), wonach in Wechselstreitigkeiten eine Wiederaufnahme zum Nachtheile einer gutgläubigen Partei nicht stattfindet, wenn diese in der Zwischenzeit ihren Wechselanspruch an Dritte durch Ablauf der Zeit verloren hat oder doch wegen Kürze der noch übrigen Zeit nicht geltend machen kann.

Artikel XLVII.

Auf die Erledigung der Streitsachen, in welchen am Tage des Inkrafttretens der Civilprocessordnung die Einrede schon

Digitized by Google

überreicht ist oder die Verhandlung der Hauptsache schon begonnen hat, findet die Civilprocessordnung, sofern in Folgendem nichts anderes angeführt wird, keine Anwendung; solche Rechtsstreite sind nach den bisher geltenden Processvorschriften zu verhandeln und zu entscheiden.

Auf alle anderen Streitsachen, die bereits vor dem Tage des Inkrafttretens der Civilprocessordnung bei Gericht angebracht worden sind, finden von diesem Tage an die Vorschriften der Civilprocessordnung mit der Maßgabe Anwendung, dass:

1. eine bei Beginn der Wirksamkeit der Civilprocessordnung im Zuge befindliche Verhandlung über processhindernde Einreden nach den bisher geltenden Processvorschriften zu Ende zu führen ist, und auch die Wirkung der darüber ergehenden Entscheidung sich nach diesen Processvorschriften zu bestimmen hat, und

2. die Zurücknahme der Klage gemäß § 237 der Civilprocessordnung in dem unter Z. 1 angegebenen Falle noch bis zu Beginn der ersten zur Verhandlung der Hauptsache angeordordneten Tagsatzung erfolgen kann.

In den im Absatze 2 bezeichneten Streitsachen verlieren mit dem Tage des Inkrafttretens der Civilprocessordnung die vor diesem Tage erlassenen Bescheide, wodurch dem Beklagten die Erstattung der Einrede aufgetragen wurde, ihre Wirksamkeit und gleichzeitig hört der Lauf der zur Erstattung der Einrede gewährten Frist auf. Das Processgericht hat von amtswegen über die Klage die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung anzuberaumen.

Diese Bestimmungen gelten insbesondere auch, soferne die Vorschriften der Civilprocessordnung gemäß Artikel II dieses Gesetzes an die Stelle anderer bisher vorgeschriebener Verfahrensarten zu treten haben.

1. Nur jene Processe sollen nach den bisherigen Vorschriften durchgeführt und zum Abschlusse gebracht werden, in welchen am Tage des Inkrafttretens der neuen Civilprocessordnung die Einrede schon überreicht ist oder die Verhandlung in der Hauptsache schon begonnen hat. Hier hat die Erörterung des Processtoffes und die Feststellung der Urtheilsgrundlagen bereits bestimmte Formen angenommen und eine Auflösung derselben zu Gunsten einer Ueberleitung des Verfahrens in die mündliche Verhandlung würde zu weitreichenden und zum Theile sogar unlösbaren Schwierigkeiten führen (Motive des Ausschusses, S. 16). Für die Anwendbarkeit der alten Processvorschriften auf bereits rechtshängige Processe ist sohin die Streiteinlassung (litis contestatio) durch Erstattung der Ein-

Digitized by Google

rede im schriftlichen Verfahren oder durch Beantwortung der Klage zur Hauptsache im mündlichen oder summarischen Verfahren oder durch Verhandeln zur Sache im Bagatellverfahren Voraussetzung.

Hat der Beklagte neben processhindernden Einreden sich auch in der Hauptsache in den Streit eingelassen, oder war er im Summarverfahren hiezu gesetzlich verpflichtet, nachdem eine abgesonderte Verhandlung über Processeinreden ausgeschlossen ist, so hat die Verhandlung zur Hauptsache gleichfalls schon begonnen.

In diesen Fällen kann die Ueberleitung in das neue Verfahren nur dann stattfinden, wenn beide Parteien dies verlangen und zugleich von dem bisherigen Precessverfahren abstehen (Art. XLIX).

Es wird zweckmäßig sein, wenn sich die Parteien gleichzeitig auch betreffs der Kosten des bisherigen Verfahrens einigen, damit nicht diese Kosten als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht geeignet beim Kostenzuspruch unberücksichtigt bleiben.

Ein Zwang zu einer solchen Vereinbarung, wie ihn Dr. Neumann (S. 107) anzunehmen scheint, besteht nach dem Gesetze nicht und es wird in jedem einzelnen Falle zu beurtheilen sein, ob die Kosten nach der Sachlage nothwendig waren oder mit Rücksicht auf das Inslebentreten der neuen Gesetze vermieden werden konnten. Wenn beispielsweise die Einrede im Jahre 1894 erstattet und seitdem der Process in Frist gehalten wurde oder ruhen blieb, so werden dem obsiegenden Beklagten die Kosten der Einrede auch ohne eine diesbezügliche Vereinbarung zuzusprechen sein.

Bis zu welchem Zeitpunkte ein solches Uebereinkommen getroffen und dem Gerichte angezeigt werden muss, wird vom Gesetze nicht bestimmt. Dasselbe wird bis zum Schlusse des Verfahrens in erster Instanz durch Ueberreichung eines von beiden Parteien gefertigten Schriftsatzes oder auch durch Erklärung zu Protokoll bei einer zur Fortsetzung der Verhandlung nach den alten Vorschriften angeordneten Tagsatzung erfolgen können.

Ueber eine solche Erklärung ist über die Klage, wenn die sachliche Zuständigkeit begründet erscheint, bei Gerichtshöfen die erste Tagsatzung und bei Bezirksgerichten die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung nach den Vorschriften der Civilprocessordnung einzuleiten, wenn aber die sachliche Zuständigkeit durch die neuen Gesetze verschoben wurde, die

Digitized by Google

Klage dem nach der neuen Jurisdictionsnorm sachlich zuständigen, örtlich an die Stelle des bisherigen Processgerichtes tretenden Gerichtshofe oder Bezirksgerichte abzutreten, welche sohin über die Klage nach den neuen Gesetzen zu verfahren haben.

2. Wenn über eine vor dem 1. Jänner 1898 eingebrachte Klage der Beklagte sich noch nicht in den Streit eingelassen, jedoch bereits die Einwendung der Unzuständigkeit, der Streitanhängigkeit oder der entschiedenen Streitsache erhoben hat, was nur im ordentlichen mündlichen oder schriftlichen Verfahren zulässig ist, ist die darüber eingeleitete oder einzuleitende Verhandlung nach den alten Vorschriften durchzuführen, nach welchen sich auch die Wirkung der darüber ergehenden Entscheidung richtet.

Ist auf Grund dieser Entscheidung in die Verhandlung zur Hauptsache einzugehen, so ist diese nach der neuen Processordnung von amtswegen einzuleiten und durchzuführen, wobei gleichfalls die Abtretung der Sache an das nach der neuen Jurisdictionsnorm sachlich zuständige Gericht stattzufinden hat Art. XX, E. G. z. J. N.). Doch ist in diesem Falle die Zurücknahme der Klage auch ohne Zustimmung des Beklagten bis zum Beginne der ersten zur Verhandlung der Hauptsache angeordneten Tagsatzung zulässig.

Dr. Neumann (S. 105) ist der Ansicht, dass im Falle der Abweisung der Incompetenzeinwendung die Rechtssache nicht an das sachlich zuständige Gericht abzutreten, und dass auch bei Gerichtshöfen nicht die erste Tagsatzung, sondern die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung anzuordnen sei. In beiden Richtungen kann ich dieser Ansicht nicht zustimmen, denn Art. XX E. G. z. J. N. entzieht dem bisherigen Processgerichte alle nach Art. XLVII bis XLIX nach dem neuen Gesetze zu entscheidenden Rechtssachen, falls demselben die sachliche Zuständigkeit nach der Jurisdictionsnorm fehlt, welche Bestimmung die nach dem alten Rechte zu beurtheilende Wirkung der Entscheidung über die Incompetenzeinrede nicht behindert. — Was aber die Anordnung der Streitverhandlung anbelangt, so ist nach § 243 vor derselben die Beantwortung der Klage zu verfügen und es ist die erste Tagsatzung außer zur Anmeldung der Processeinreden auch noch zu anderen Zwecken, insbesondere zur Aenderung der Klage bestimmt, welche gerade bei der Ueberleitung in das neue Verfahren öfter nothwendig und zweckmäßig sein wird, ganz abgesehen davon, dass infolge der Aenderung der sachlichen Competenz die Einwendung der Unzuständigkeit neuerlich wird erhoben werden können.

Digitized by Google

3. Das Begehren um Verhaltung des Klägers zur Sicherheitsleistung für die Processkosten wird von Ullmann (S. 204) Canstein (I S. 244) zu den processhindernden Einreden gerechnet. Menger dagegen (System, S. 365) legt ihr processhindernde Wirkung nur auf Grundlage eines Gewohnheitsrechtes bei.

Dieses Begehren wird mit Rücksicht auf die abweichenden Bestimmungen des neuen Gesetzes nicht als processhindernde Einrede anzusehen sein.

Ist über ein solches Begehren vor dem 1. Jänner 1898 bereits zu Gunsten des Beklagten entschieden worden, so bleibt die betreffende Entscheidung in Kraft, auch wenn nach dem neuen Gesetze eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung nicht besteht, doch wird der Kläger in diesem Falle seine Klage zurücknehmen und eine neue Klage einbringen können, welche sodann auch bezüglich der Klagscaution nach dem neuen Gesetze zu beurtheilen sein wird.

Ist über das Begehren um Sicherheitsleistung für die Processkosten vor dem 1. Jänner 1898 noch nicht entschieden worden, so wird die Verhandlung und Entscheidung über dieses Begehren nach den Bestimmungen der Civilprocessordnung zu erfolgen haben, weil die Verhandlung der Hauptsache nach nicht begonnen hat. Es wird also ein solches Begehren abzuweisen sein, wenn es wohl nach der Gerichtsordnung, nicht aber nach der Civilprocessordnung begründet ist.

4. In allen Processen, in denen weder Streiteinlassung vorliegt, noch eine Verhandlung über processhindernde Einreden im Zuge ist, wo also entweder die erste oder die erstreckte Frist zur Erstattung der schriftlichen Einrede im Laufe ist oder die Tagsatzung zur Recognoscierung der Klagsbeilagen oder im mündlichen, summarischen oder Bagatellverfahren die Tagsatzung zur Verhandlung nach dem alten Gesetze angeordnet oder erstreckt worden ist, ohne dass bisher in der Hauptsache verhandelt worden wäre, treten sofort die Bestimmungen des neuen Gesetzes in Kraft. Eine nach der neuen Jurisdictionsnorm eintretende Aenderung der örtlichen Zuständigkeit, sohin auch der Einfluss des neuen Gesetzes auf den Gerichtsstand des Vertrages, ist nicht zu berücksichtigen und berechtigt nicht zur Erhebung der Incompetenzeinwendung; wohl aber ist eine Aenderung der sachlichen Zuständigkeit von amtswegen zu berücksichtigen und führt zur Abtretung der Klage an das sachlich zuständige Gericht (Art. XX E. G. z. J. N.).

Digitized by Google

5. Im schriftlichen Verfahren hört die Einredefrist zu laufen auf und es ist von amtswegen über die Klage die erste Tagsatzung, bei Bezirksgerichten die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung anzuordnen. Im mündlichen, summarischen und Bagatellverfahren geht die bereits angeordnete Tagsatzung nach den Vorschriften des neuen Gesetzes vor sich und zwar auch in Summarprocessen nach den für die Gerichtshöfe resp. für die Bezirksgerichte geltenden Normen (Art. L). Eine nach dem alten Processgesetze versäumte Processhandlung (Einwendung der Unzuständigkeit, Begehren einer Klagscaution) kann auch im neuen Verfahren nicht nachgeholt werden.

Ueber die Aufforderungsklagen der Gerichtsordnungen kann nach dem neuen Verfahren nicht verhandelt werden, die über solche Klagen laufenden Fristen sind solche zur Erhebung einer Klage, welche gemäß Art. LII in ihrem Laufe und in ihrer Dauer nicht berührt werden. Werden solche Klagen durch eine Klagsänderung (§ 235 C. P. O.) nicht in Feststellungsklagen umgewandelt, so wird über dieselben nach dem alten Gesetze, über die aufgeforderte Klage aber nach dem neuen Gesetze zu verhandeln sein.

6. Nach § 21 der V. v. 5. Mai 1897, Nr. 113 R.-G.-Bl., sind die Acten derjenigen am 1. Jänner 1898 anhängigen Civilprocesse, welche zufolge Artikels XX des Einführungsgesetzes zur Jurisdictionsnorm von dem bisherigen Processgerichte an ein anderes sachlich zuständiges Gericht übergehen, letzterem mittels eines Verzeichnisses, das lediglich die Namen und die Registratursbezeichnungen zu enthalten hat, zu übersenden.

Wenn in der Rechtssache für die Zeit nach dem 1. Jänner 1898 eine Tagsatzung anberaumt oder eine Frist im Laufe ist, auf deren Einhaltung von amtswegen zu achten ist, oder wenn bereits ein Antrag auf Uebertragung vorliegt, muss die Uebersendung der Acten am 1. Jänner 1898 erfolgen, sonst ist damit bis zur nächsten die Rechtssache betreffenden Processhandlung zu warten.

Von der Uebersendung der Acten sind die Parteien unter Benennung des Gerichtes, dem die Acten übergeben wurden, und unter Angabe derjenigen Bestimmungen der Jurisdictionsnorm zu benachrichtigen, auf welche sich die sachliche Zuständigkeit des neuen Gerichtes gründet.

Zufolge Aenderung der sachlichen Zuständigkeit werden abzutreten sein:

I. Von den die allgemeine Gerichtsbarkeit ausübenden Gerichtshöfen an die Bezirksgerichte:

Digitized by Google

a) Im Umkreise der Kreisstädte die Streitigkeiten über die Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde und über die dem unehelichen Vater der Mutter und dem Kinde gegenüber gesetzlich obliegenden Verpflichtungen (§ 49, Z. 2 J. N.);

b) Streitigkeiten über die Bestimmung oder Berichtigung der Grenzen eines landtäflichen oder vom Gemeindeverbande ausgeschiedenen Gutes und der unbeweglichen Güter im Umkreise der Kreisstädte (§ 49, Z. 3);

c) Streitigkeiten über Wohnungsdienstbarkeiten und Ausgedinge (§ 49, Z. 3);

d) Streitigkeiten aus Viehmängeln (§ 49, Z. 8 J. N.);

e) Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert den Betrag von 500 fl. nicht übersteigt, insbesondere derlei Klagen gegen den Fiscus, weltliche oder geistliche Gemeinden, Kirchen, Pfründen, Stiftungen und Anstalten zu öffentlichen Zwecken, gegen Besitzer landtäflicher oder vom Gemeindeverbande ausgeschiedener unbeweglicher Güter (§ 14 b, c der alten Jurisdictionsnorm), dingliche Klagen nach § 81 der neuen Jurisdictionsnorm, Klagen, durch welche Erbrechte, Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen auf den Todesfall geltend gemacht werden, sowie Klagen der Nachlassgläubiger aus Ansprüchen an den Erblasser oder an den Erben, solange die Einantwortung des Nachlasses noch nicht erfolgt ist, sofern nicht die Zuständigkeit des Gerichtshofes ohne Rücksicht auf den Wert nach den §§ 50, 77, 95 J. N. begründet ist (§ 49, Z. 1 J. N.).

II. In Wien, Triest und Prag von den Landesgerichten an die Handelsgerichte alle Klagen, welche sich auf den Schutz und den Gebrauch von Marken, Mustern, Modellen und Privilegien beziehen (§ 51, Z. 4 J. N.).

III. Von den Handelsgerichten in Wien, Prag und Triest an die Landesgerichte alle Klagen aus Handelsgeschäften, falls der Streitgegenstand an Geld oder Geldeswert den Betrag von 500 fl. übersteigt, wenn die Klage nicht gegen eine Handelsgesellschaft oder einen registrierten Kaufmann oder gegen eine registrierte Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft gerichtet ist (§ 51, Z. 1 J. N.).

IV. Von den Gerichtshöfen erster Instanz als Handelssenaten und den Handelsgerichten an die

Digitized by Google

Bezirksgerichte alle Streitigkeiten aus Handelsgeschäften und aus den im § 39 E. G. z. H. G. B. bezeichneten Handelssachen, wenn der Wert des Streitgegenstandes den Betrag von 500 fl. nicht übersteigt (§ 51 Z. 1 und 2 J. N.).

V. Von den Gerichtshöfen erster Instanz als Bergsenaten an die Bezirksgerichte die den Bergbau betreffenden Streitigkeiten, wenn der Wert des Streitgegenstandes 500 fl. nicht übersteigt, sofern der Gerichtshof nicht nach § 53 J. N. ohne Rücksicht auf den Wert zuständig bleibt: oder wenn es sich um die Bestimmung oder Berichtigung von Grenzen unbeweglicher Güter handelt (§ 53 J. N.).

VI. Von den Bezirksgerichten an die Gerichtshöfe erster Instanz:

a) Alle Klagen über vermögensrechtliche Ansprüche im Betrage von mehr als 500 fl., sofern nicht die Zuständigkeit der Bezirksgerichte nach den §§ 49, Z. 2 bis 8, 77, 95 u. s. w., insbesondere auch bei Streitigkeiten im Executionsverfahren nach § 17 E. O. auch nach dem neuen Gesetze bestehen bleibt (§ 50 J. N.);
b) Streitigkeiten über die Anerkennung oder Bestreitung der ehelichen Abstammung (§ 50, Z. 1 J. N.);
c) Streitigkeiten aus dem gegenseitigen Verhältnisse der Ehegatten oder aus dem Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern (§ 50 Z. 3 J. N.);
d) Streitigkeiten aus den Rechtsverhältnissen, welche sich auf den Schutz und den Gebrauch von Mustern, Marken, Modellen und Privilegien beziehen (§ 51, Z. 4 J. N.);
e) Streitigkeiten von Einzelrichtern und gegen Einzelrichter (§ 79J. N.);

Zu bemerken ist insbesondere, dass auch Klagen aus Bestandverträgen, sofern dieselben das Bestehen eines solchen Vertrages oder die Bezahlung des Mietzinses betreffen und den Wert von 500 fl. übersteigen, den Gerichtshöfen abzutreten sind (§ 49, Z. 5 J. N.).

Bei Gerichtshöfen, welche neben der allgemeinen auch die Handelsgerichtsbarkeit auszuüben haben, wird in den unter II und III angeführten Fällen die Einleitung des zuständigen Verfahrens ohne Abtretung erfolgen.

7. Um diese Abtretung bewerkstelligen zu können, um im schriftlichen Verfahren die Tagsatzung anzuordnen und um bei Gerichtshöfen die Sonderung für den Civilsenat und den

Digitized by Google

Handelssenat durchführen zu können, werden alle anhängigen Streitsachen, in denen die Einlassung zur Hauptsache noch nicht stattgefunden hat, noch vor Beginn des Jahres 1898 zu prüfen sein, damit am 1. Jänner 1898 die vorgeschriebenen Amtshandlungen durchgeführt werden können. Da jedoch dem Gerichte — Klagen gegen Streitgenossen ausgenommen — bei der Nachprüfung seiner Zuständigkeit nur das Referat über die Klage vorliegen wird, aus welchem sich die entscheidenden Momente meist nicht mit Sicherheit ergeben werden, wird bei Erledigung solcher Klagen in den letzten Monaten des laufenden Jahres die sachliche Zuständigkeit (Aenderungen der örtlichen Zuständigkeit sind ohne Einfluss) auch nach der neuen Jurisdictionsnorm zu prüfen und durch einen kurzen Vermerk auf dem Referate festzustellen sein, ob und an welches Gericht seinerzeit die Abtretung zu erfolgen hätte.

Aber auch die Parteien werden dafür zu sorgen haben, dass die noch am Schlusse des Jahres eingebrachten Klagen jene Angaben enthalten, welche zur Bestimmung der Competenz nach dem neuen Gesetze vorgeschrieben sind.

Insbesondere werden vermögensrechtliche Klagen die Bewertung des Streitgegenstandes nach Vorschrift der §§ 54 ff. J. N., Handelsklagen die Kaufmannseigenschaft des Beklagten zu enthalten haben, wenn es nicht überhaupt zweckmäßiger erscheint, zur Vermeidung der Abtretung mit der Ueberreichung solcher Klagen bis nach Neujahr zu warten.

Fehlt es an den zur Beurtheilung der Competenz erforderlichen Daten und werden dieselben vom Kläger auch nicht freiwillig nachgetragen, so wird mit Rücksicht auf die Vorschriften des § 117 Gesch.-O. die erste Tagsatzung wohl anzuberaumen sein, jedoch noch vor derselben die erforderliche Feststellung durch Abforderung der Klage, Einvernehmung des Klägers zu erfolgen haben. Die Vorschrift des Gesetzes, dass das Gericht über Klagen im schriftlichen Verfahren von amtswegen die Tagsatzung anzuordnen habe, braucht nach den vorangeführten Bestimmungen der V. v. 5. Mai 1897 bei abzutretenden Rechtssachen nicht eingehalten zu werden und wird sich auch bei den beim Gerichtshofe verbleibenden Rechtssachen, nicht in allen Fällen durchführen lassen, weil ja Klagen oft jahrelang ohne Erstattung der Einrede liegen bleiben, weshalb die Partei, der an der Beschleunigung der Sache gelegen ist, in solchen Fällen die Anordnung der Tagsatzung oder die Abtretung der Acten zu beantragen haben wird.

Gegen die Abtretung steht beiden Theilen der Recurs zu.

Digitized by Google

Das Gericht, dem die Acten abgetreten werden, wird unter Abforderung der Klage von dem Kläger, jedoch ohne neuerliche Zustellung derselben, insbesondere ohne Anwendung der Bestimmungen über die Zustellung der Klage an Streitgenossen, die erste Tagsatzung oder bei Bezirksgerichten die Tagsatzung zur Streitverhandlung anzuordnen haben. Competenzconflicte werden nach § 47 J. N. auszutragen, jedoch zur Verringerung der in der Uebergangszeit nicht zu umgehenden Schwierigkeiten möglichst zu vermeiden sein.

Die Abtretung erfolgt an das nach der neuen Jurisdictionsnorm sachlich zuständige, örtlich an die Stelle des bisherigen Processgerichtes tretende Gericht.

Hat dieselbe an ein Bezirksgericht zu erfolgen und befinden sich am Sitze des Gerichtshofes mehrere Bezirksgerichte, so wird die Wohnung des Beklagten, in Ermangelung einer solchen die Wohnung des Klägers maßgebend sein.

Wenn weder der Beklagte noch der Kläger im Gerichtsorte wohnen, so hat nach § 102 J. N. der Kläger die Wahl, zu deren Ausübung er aufzufordern sein wird.

Artikel XLVIII.

Wenn im Mandats-, Wechsel- oder Bestandverfahren die Klage, die Kündigung oder der Antrag auf Uebergabe oder Uebernahme der Bestandsache zwar vor Beginn der Wirksamkeit der Civilprocessordnung erhoben wurde, jedoch erst nach dem Inkrafttreten der Civilprocessordnung gegen den Zahlungs- oder Sicherstellungsauftrag, gegen die Aufkündigung oder gegen den Auftrag zur Uebergabe oder Uebernahme der Bestandsache rechtzeitig Einwendungen angebracht werden, oder wenn die Verhandlung über die früher rechtzeitig angebrachten Einwendungen am Tage des Inkrafttretens der Civilprocessordnung noch nicht begonnen hat, so haben in dem durch diese Einwendungen veranlassten Verfahren die Vorschriften der Civilprocessordnung zur Anwendung zu kommen.

Das Gleiche gilt für das durch einen Widerspruch im Mahnverfahren veranlasste Verfahren, wenn der Gläubiger in einer vor Beginn der Wirksamkeit der Civilprocessordnung zur Eintreibung seiner Forderung erhobenen Klage das Begehren um Erlassung des bedingten Zahlungsbefehles gestellt hat, der Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl aber erst nach Inkrafttreten der Civilprocessordnung rechtzeitig erhoben wird oder die durch den früher rechtzeitig erhobenen Widerspruch veranlasste Verhandlung über die Klage am Tage des Inkrafttretens der Civilprocessordnung noch nicht begonnen hat.

Digitized by Google

Bei Streitsachen im Mandats-, Wechsel-, Bestand- und Mahnverfahren gelten die bei Art. XLVII erörterten Grundsätze. Die Fristen zur Anbringung der Einwendungen und zur Erhebung des Widerspruches im Mahnverfahren werden durch das Inkrafttreten der Civilprocessordnung in ihrem Laufe und in ihrer Dauer nicht berührt (Art. LII).

Eine Aenderung der sachlichen Zuständigkeit kann nur im Mandatsverfahren nach den bei Art. XLVII erörterten Grundsätzen eintreten und wird die Abtretung der Rechtssache an das zuständige Gericht nach Art. XX E. G. z. J. N. zur Folge haben.

Artikel XLIX.

In Streitsachen, in welchen am Tage des Inkrafttretens der Civilprocessordnung die Einrede bereits überreicht ist, oder die Verhandlung der Hauptsache schon begonnen hat, bleibt es den Parteien freigestellt, auf Grund beiderseitigen Uebereinkommens unter Abstehen vom bisherigen Processverfahren zu begehren, dass die Rechtssache nach den Vorschriften der Civilprocessordnung verhandelt und entschieden, und zu diesem Zwecke erforderlichenfalls an das nach den Bestimmungen der neuen Jurisdictionsnorm zuständige Gericht abgetreten werde.

Die durch das Anbringen der Klage begründete Unterbrechung der Verjährung wird durch ein solches Uebereinkommen nicht aufgehoben.

Vergl. Anm. 1 bei Art. XLVII.

Artikel L.

Wenn in den Fällen des Artikels XLVIII und XLIX nach den bisherigen processrechtlichen Vorschriften das summarische oder das Bagatellverfahren anzuwenden gewesen wäre, ist die Rechtssache nach Verschiedenheit des zuständigen Gerichtes entweder nach den für das Verfahren vor Gerichtshöfen oder nach den für das bezirksgerichtliche Verfahren erlassenen Bestimmungen der Civilprocessordnung durchzuführen. Falls hienach das bezirksgerichtliche Verfahren der Civilprocessordnung an die Stelle des Bagatellverfahrens zu treten hat, sind überdies die besonderen Bestimmungen der §§ 449 bis 453 C. P. O. anzuwenden.

Der Grundsatz des Art. II E. G. ist auch auf jene Rechtssachen anzuwenden, welche nach Art. XLVIII, XLIX in das neue Verfahren hinübergeleitet werden.

Nach der Verschiedenheit des zuständigen Gerichtes (Gerichtshof, Bezirksgericht) ist der Process unter Anwendung der

Digitized by Google

nach der Civilprocessordnung für das Verfahren vor Gerichtshöfen oder für das bezirksgerichtliche Verfahren geltenden Bestimmungen auch dann durchzuführen, wenn er nach dem alten Gesetze im Summarverfahren durchzuführen gewesen wäre.

Artikel LI.

Gegen Endurtheile, die vor dem Tage des Inkrafttretens der Civilprocessordnung erflossen sind, sowie gegen die Endurtheile in den Processen, welche trotz Beginn der Wirksamkeit der Civilprocessordnung nach den bisherigen Processvorschriften verhandelt und entschieden wurden, findet die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach den bisher geltenden Processvorschriften statt. Dagegen können solche Urtheile nach dem Inkrafttreten der Civilprocessordnung in derselben Weise, wie die in Gemäßheit der Vorschriften der Civilprocessordnung zustande gekommenen Urtheile mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden (§ 529 C. P. O.).

Während die Frage des Rechtsmittelzuges grundsätzlich nach dem in erster Instanz zur Anwendung gebrachten Processgesetze beurtheilt werden muss, kann die durch die Civilprocessordnung eingeführte Nichtigkeitsklage ohne Gefahr auch hinsichtlich jener Entscheidungen zugelassen werden, welche unter der Herrschaft der Gerichtsordnungen gefällt worden sind. Die Voraussetzungen dieser Klage sind von der Form des früheren Verfahrens unabhängig. Der über die Nichtigkeitsklage verhandelnde Streit ist durchaus selbständig. Hingegen kann die Wiederaufnahmsklage wegen ihrer engen Verbindung mit dem ersten Processe nur wider die nach dem neuen Gesetze gefällten Urtheile zur Verwendung gelangen (Regierungsmotive, S. 20).

Artikel LII.

Gesetzliche oder vom Richter bestimmte Fristen zur Erhebung einer Klage, wie insbesondere zur Besitzstörungsklage und zur Klage wegen Rechtfertigung einer grundbücherlichen Vormerkung oder eines provisorischen Sicherstellungsmittels, oder zur Anbringung von Einwendungen gegen einen Zahlungs- oder Sicherstellungsauftrag, gegen die Aufkündigung eines Bestandvertrages oder gegen den Auftrag zur Uebergabe oder Uebernahme der Bestandsache werden durch das Inkrafttreten der Civilprocessordnung in ihrem Laufe und in ihrer Dauer nicht berührt.

Digitized by Google

Artikel LIII.

Die Zulässigkeit der Anfechtung von Schiedssprüchen, die vor dem Beginne der Wirksamkeit der Civilprocessordnung gefällt wurden, richtet sich nach den bisherigen gesetzlichen Vorschriften

Artikel LIV.

Die Bestimmungen der Artikel XIII bis XXVI treten mit Ablauf von sechs Monaten nach Kundmachung dieses Gesetzes, hingegen die Bestimmungen der Artikel II, V, XXVIII, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXVI, XXXVII, XXXVIII, XXXIX, XLII, XLIII, XLIV, XLV und XLVI erst mit Beginn der Wirksamkeit der Civilprocessordnung in Kraft.

Artikel LV.

Mit dem Vollzuge dieses Gesetzes ist der Justizminister beauftragt.

Soweit in diesem Gesetze nichts anderes bestimmt ist, hat der Justizminister alle zur Einführung und Durchführung des gegenwärtigen Gesetzes und der Civilprocessordnung erforderlichen Verordnungen, und zwar insoweit dieselben den Wirkungskreis anderen Minister berühren, im Einvernehmen mit diesen zu erlassen.

Außer dem Gerichtsorganisationsgesetze vom 27. November 1896, Nr. 217 R.-G.-Bl., sind bisher nachfolgende Verordnungen erlassen worden:

Die Verordnung vom 11. Februar 1896, Nr. 28 R.-G.-Bl., betreffend die Bestellung von nicht der Börse angehörigen Schiedsrichtern für die Börsenschiedsgerichte.

Die Verordnung vom 14. Februar 1896, Nr. 29 R.-G.-Bl., betreffend die zur Zuständigkeit der Börsenschiedsgerichte gehörigen Rechtssachen.

Die Geschäftsordnung vom 5. Mai 1897, Nr. 112 R.-G.-Bl.

Die Verordnung vom 5. Mai 1897, Nr. 113 R.-G.-Bl., betreffend die Uebergangsbestimmungen zur Geschäftsordnung.

Die Verordnung vom 5. Mai 1897, Nr. 114 R.-G.-Bl., betreffend die ergänzenden Bestimmungen der Geschäftsordnung für die Staatsanwaltschaften.

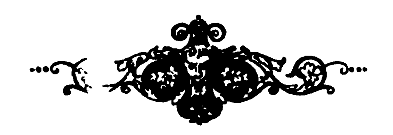
Digitized by Google

6. Die Verordnung vom 1. Juni 1897, Nr. 128 R.-G.-Bl., über die Ernennung der fachmännischen Laienrichter aus dem Kreise der Bergbaukundigen.

7. Die Verordnung vom 1. Juni 1897, Nr. 129 R.-G.-Bl., über die Ernennung der fachmännischen Laienrichter aus dem Handelsstande und aus dem Kreise der Schiffahrtskundigen.

8. Die Verordnung vom 23. Mai 1897, Nr. 130 R.-G.-Bl. über das Armenrecht.

Das Verfahren in Ehesachen dürfte noch vor Jahresschluss durch eine Verordnung geregelt werden.



Digitized by Google

Digitized by Google

Register.

A.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

H.

Digitized by Google

Digitized by Google

L.

Digitized by Google

Digitized by Google

O.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

T.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

W.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google

Gesetzes-Register.

(Die Ziffern verweisen auf die Seiten).

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichnis.

Erster Theil.

Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt. Parteien. §§ 1—73.

Zweiter Abschnitt. Verfahren. §§ 74—170.

Dritter Abschnitt. Mündliche Verhandlung. §§ 171—225.

Zweiter Theil.

Verfahren vor den Gerichtshöfen erster Instanz.

Erster Abschnitt. Verfahren bis zum Urtheile. §§ 226—389.

Digitized by Google

Ex. R. 8
1/2/11

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

